

vinculado à prestação e como credores todos os demais condôminos. Estamos perante as chamadas obrigações *propter rem*, que se traduzem em verdadeiras relações creditórias incrustadas no estatuto do direito real, figurando como elemento do seu conteúdo.¹⁵¹ Obrigações *propter rem* poderão ser igualmente algumas daquelas relações, acima referidas, resultantes da violação do estatuto do direito real. A umas e outras, por serem, estruturalmente, relações creditórias, devem considerar-se aplicáveis, com as adaptações impostas pela natureza e regime da relação jurídica de que promanam, os princípios dos direitos de crédito.¹⁵²

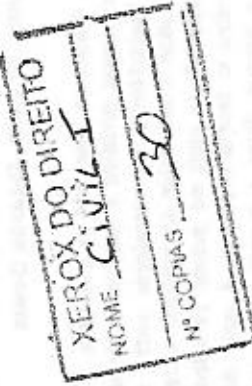
As relações jurídicas a que acabamos de aludir não são, porém, privativas da propriedade horizontal. Elas podem existir — e existem — no estatuto de vários outros direitos reais.

¹⁵¹ Quando devidamente caracterizada, a figura do direito real não repele a existência, no seu conteúdo, de relações obrigacionais.

¹⁵² No Acórdão do S.T.J. de 29 de janeiro de 1974 (B.M.J., n.º 233, p. 201 e segs.) exclui-se a aplicação à propriedade horizontal dos princípios gerais das obrigações. No caso decidido pelo Supremo, um condômino havia afetado as frações de que era proprietário a fim diverso do indicado no título constitutivo, tendo realizado obras materiais de adaptação. Alguns dos outros condôminos vieram pedir que o infrator fosse condenado a levantar as obras feitas e a abster-se de exercer a atividade a que se destinavam.

Admitindo que havia fundamento legal para impor o levantamento das obras, estamos perante uma obrigação *propter rem* a que seria aplicável — como o réu pretendeu e o Supremo recusou — o disposto nos artigos 566, n.º 1, e 829, n.º 2.

No sentido da aplicabilidade destes preceitos às obrigações resultantes da violação do estatuto do condômino, pronunciou-se o Acórdão do S.T.J. de 29 de outubro de 1971 (B.M.J., n.º 210, p. 136 e segs.).



PESSOA JURÍDICA: REPRESENTAÇÃO OU TEORIA ORGÂNICA

José Paulo Cavalcanti

SUMÁRIO: 1. Oposição entre a teoria da representação e a teoria orgânica e predomínio ainda desta última. — 2. Origem do conceito de órgão. — 3. Órgãos externos e órgãos internos. — 4. Pessoa jurídica e teoria da representação. Representação legal, representação voluntária e representação institucional ou orgânica. — 5. Pessoa jurídica e teoria orgânica. Sucessivas reelaborações desta última. — 6. Primeira versão da teoria orgânica. Identidade entre órgão e pessoa física. — 7. Segunda versão da teoria orgânica. Vontade psicológica da pessoa física, vontade jurídica da pessoa jurídica. — 8. Terceira versão da teoria orgânica. Distinção entre órgão (*esfera abstrata de funções*) e portador da qualidade de órgão (*Organ-träger*). — 9. Unidade entre pessoa jurídica e órgão. Objeto fundada na existência de relações da pessoa jurídica com os órgãos, e dos próprios órgãos entre si. — 10. Diferentes dejetos dos organicistas. — 11. As relações entre pessoa jurídica e órgão e entre os próprios órgãos não são relações jurídicas. — 12. As relações entre pessoas jurídicas e órgãos e entre os próprios órgãos são relações jurídicas, mas unissubjetivas. — 13. Quase-personalidade dos órgãos. — 14. Personalidade limitada ou parcial dos órgãos. — 15. Personalidade dos órgãos no ordenamento interno ou particular da pessoa jurídica, não no ordenamento geral. — 16. Personalidade meramente instrumental dos órgãos, posta a serviço da personalidade material da pessoa jurídica. — 17. Teoria orgânica e contrato consigo mesmo. Incompatibilidade. — 18. Outros argumentos dos organicistas. — 19. Continuação. — 19.Bis. Continuação. — 20. Identidade de disciplina entre representante e órgão. Diferença fundamental apresentada pelos organicistas: a responsabilidade civil da pessoa jurídica. — 21. A responsabilidade civil da pessoa jurídica é uma

solução de direito positivo. Sistemas que não a admitem. — 22. Responsabilidade civil da pessoa jurídica e função histórica da teoria orgânica. — 23. Inexistência de correlação entre o papel histórico da teoria orgânica e seu valor dogmático. — 24. Fundamento real da responsabilidade civil da pessoa jurídica. — 25. Argumentos finais contra a teoria orgânica. A ação do terceiro prejudicado contra a pessoa física e a ação regressiva da pessoa jurídica contra a pessoa física. — 26. Conclusão.

1 — A respeito da autoria das ações e recepções que produzem efeitos para a pessoa jurídica, com o necessário concurso das pessoas físicas dos seus diretores, administradores ou funcionários, que neste escrito, por simplificação, referiremos apenas como pessoas físicas, opõem-se a teoria da representação e a teoria orgânica.¹

Para a primeira, ação e recepção são da pessoa física, com efeitos para a pessoa jurídica.

Para a segunda, ação e recepção são da própria pessoa jurídica, sendo a pessoa física mero instrumento material dessa ação ou recepção; daí pretendendo tirar uma importante con-

1 Neste escrito a expressão pessoas jurídicas compreende apenas aquelas investidas de cargos que fazem parte da estrutura da pessoa jurídica (como seus diretores, administradores ou funcionários, referidos no texto principal), sem pelo menos uma das quais a pessoa jurídica não poderia agir ou receber, e que — como se exporá no texto principal — são tidas como representantes legais ou institucionais da pessoa jurídica, segundo a teoria da representação, ou como órgãos ou portadores da qualidade de órgãos da pessoa jurídica, segundo a teoria orgânica; não compreende, portanto, as pessoas físicas acidentalmente investidas do poder de representação da pessoa jurídica, porque relativamente a estas últimas (mesmo sem nenhuma das quais a pessoa jurídica poderá agir ou receber, através de pessoa física do primeiro tipo, cuja atuação é, inclusive, necessária para a nomeação desses representantes eventuais) não incide a controvérsia entre a teoria da representação e a teoria orgânica, que é objeto do presente escrito.

Em lugar da expressão pessoas físicas, por nós empregada, Alessi utiliza a expressão funcionários ("Sul fondamento di una responsabilità diretta delle persone giuridiche", in *Studi in onore di Giovanni Pacichoni*, Giuffrè, Milão, 1939, p. 377, 378 e 383).

seqüência prática em matéria de responsabilidade civil, como se verá mais adiante (n.º 20 até 25).

Das duas teorias, a orgânica é mais recente, embora também antiga, porque os primeiros dos fundamentos escritos de Gierke datam de mais de um século;² e conquanto se observe que "não celebra mais os triunfos de outrora",³ tendo "perdido aquela voga que teve em outros tempos",⁴ permanece a mais segura,⁵ mantendo "especialmente no direito público, um domínio quase absoluto",⁶ "dominando quase toda a literatura publicística".⁷

² Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. espanhola, Reus, Madrid, 1929, n.º 43, p. 185; e *Le persone giuridiche*, Utet, Turim, 1933, n.º II, p. 20.

³ Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, 2.ª ed., Cedam, Pádua, 1952, p. 151.

⁴ Alessi, *op. cit.*, p. 380.

⁵ Pietro Rescigno, *Manuale di Diritto Privato Italiano*, reestampa, Jovene, Nápoles, 1974, n.º 45, p. 178.

⁶ Alessi, *op. cit.*, p. 380.

⁷ Ferrara, *cit. Teoría de las Personas Jurídicas*, n.º 45, p. 204.

A respeito, também, Mortati (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 3.ª ed., Cedam, Pádua, 1955, n.º 33, p. 147 e 148), José Joaquim de Almeida, (*Da Realidade no Conceito de Pessoa Jurídica, tese de concurso*, Imprensa da Casa Ramiro, Recife, 1933, n.º 17, p. 56), e Serpa Lopes ("Curso de Direito Civil", 2.ª ed., Freitas Bastos, Rio, v. I, 1957, n.º 193, p. 349).

Afirma, porém, Messineo, sem distinguir entre a doutrina de direito público e a doutrina de direito privado, que os autores contrários à teoria orgânica constituem maioria (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, reestampa da 7.ª ed., Giuffrè, Milão, 1947, v. I, § 41, n.º 4, p. 307).

Na doutrina alemã, Zangara refere entre os organicistas Gierke, Laband, Jellinek, Preuss, Sternberg, Hanke; na doutrina italiana, Santi Romano, Ranelletti, Raggi, Fort, D'Alesio, Zanobini, Borsi, Crosa, Donati, Cino Vitta, Bodda, Salemi, Bonaudi, Rapisardi-Mirabelli, Ceretti, Biscaretti di Ruffia, D'Eufemia, Virga, Betti, Santoro-Passarelli e Messineo; na doutrina francesa, Carré de Malberg e Michoud (*cit. La Rappresentanza Istituzionale*, p. 143/144, nota 3).

Dentre a doutrina italiana por nós consultada, que inclui vários dos autores mencionados por Zangara, são também organicistas Balladore

Palleri (*Diritto Costituzionale*, 2.^a ed., Giuffrè, Milão, 1950, n.º 9, p. 20), Rescigno (op. e n.ºs cit., p. 177), Sandulli (*Manuale di Diritto Amministrativo*, reestampa da 10.^a ed., Jovene, Nápoles, 1971, n.º 61 bis, p. 143/144), Mortati (op. cit., n.ºs 32/37, p. 145/157), Mele (*Principi di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Pádua, 1953, v. I, § 15, p. 75), Foderaro ("Organo delle Persone Giuridiche Pubbliche", in *Nouissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, v. XII, 1965, p. 216/233, *passim*) e Luciano Brucaglia ("La rappresentanza legale", em apêndice a *La rappresentanza*, de Ugo Natoli, Giuffrè, Milão, 1977, p. 138).

Declara Biscaretti di Ruffia que a teoria orgânica surgiu em fins do século passado, por obra dos publicistas alemães e "fôl depôis-acô-lhiga e aperfeiçoada por toda a escola clássica italiana de direito público" (*Diritto Costituzionale*, 2.^a ed., Jovene, Nápoles, 1949, v. I, n.º 57, p. 132). Entretanto, entre os autores italianos antorganicistas mencionados pouco adiante, na presente nota, Zangara, Alessi, Gasparri, Arnaldo de Valles e Tesaro são publicistas).

A respeito, dissera Ferrara: "Não há espetáculo mais singular do que o que oferece a moderna doutrina publicística, ao persistir, com uma tenacidade digna de melhor causa, em defender um conceito que leva em si o germe insano da contradição" (cit., *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 578).

Entre os autores que consultamos, são contrários à teoria orgânica: Ferrara (cit. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 83, p. 185/209; n.º 93, p. 577/593; e n.º 124, p. 816/839; e cit. *Le Persone Giuridiche*, n.º 35, p. 87/89, nota 1), Von Tuhr (*Teoria General de Derecho Civil Alemán*, trad. espanhola, Editorial de Palma, Buenos Aires, v. I, 1946, § 32, p. 117/124), Zangara (cit. *La Rappresentanza Istituzionale*, *passim*; Alessi, op. cit., p. 373/391), Coviello (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, Società Editrice Libreria, Milão, 1910, § 66, p. 208/210), Arnaldo de Valles (*Teoria Giuridica della Organizzazione dello Stato*, Cedam, Pádua, 1936, v. I, n.ºs 29/32, p. 92/106), Barassi (*Istituzioni di Diritto Civile*, 4.^a ed., Giuffrè, Milão, 1948, n.º 29, p. 74/75 e n.º 93, p. 398/399), Gasparri (*Lezioni di Diritto Amministrativo*, Edizioni Universitarie — Malfasi, Milão, 1948, v. I, n.º 92, p. 204/207), Tesaro (*Diritto Costituzionale*, 8.^a ed., Jovene, Nápoles, 1949, p. 82/83). Antorganicistas são também Bekker, Hölder, Leonhard, Meurer, Schlossmann, Rümelin, Biermann, segundo Von Tuhr, obra e volume citados, p. 120, nota 32; Duguit, segundo Zangara, op. cit., p. 153, nota 1; e Kelsen, segundo Zangara, op. cit., p. 170, nota 1, e 224/225, e segundo Alessi, op. cit., p. 363, nota 21.

É incomum a ênfase das expressões dirigidas à teoria orgânica pelos autores que não a aceitam: conceito com o qual se quer "atribuir

Particularmente quanto ao Brasil, limitando o exame à doutrina de direito privado, a teoria orgânica é aceita pela grande maioria dos autores.⁸

⁸ São organicistas Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Borsol, Rio, tomo I, 1954, § 75, p. 281/287 e § 98, p. 415/422; tomo XLIX, 2.^a ed., 1965, § 5.185, p. 113/114; e tomo L, 2.^a ed., 1965, § 5.331, n.º 2, p. 385), Orlando Gomes (*Introdução ao Direito Civil*, 5.^a ed., Forense, Rio, 1977, n.º 309, p. 498), Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, Max Limonad, São Paulo, v. II, sem indicação do ano de publicação, n.º 140, p. 267/268), Serpa Lopes (obra, volume e número citados, p. 349/350), Calo Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, Forense, Rio e São Paulo, v. I, 1961, n.º 55, p. 223 e n.º 106, p. 435/436), Trajano de Miranda Valverde (*Sociedade por ações*, Forense, Rio, 1941, v. II, n.º 601, p. 9/12), e J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Freitas Bastos, Rio, 4.^a ed., 1945, v. III, n.º 608, p. 87, 3.^a ed., 1939, v. IV, parte III, n.º 1.167, p. 40 e v. VI, parte I, n.º 222 p. 203; neste último ponto, entretanto, depois de, repetindo afirmações anteriores, dizer que "estes administradores ou diretores das pessoas jurídicas fazem parte integrante destas, são órgãos da manifestação da sua vontade", acrescenta, contraditoriamente, que "surge realmente no caso o fenômeno da representação, e o órgão procede como se fosse um representante").

Clóvis Beviláqua inclui os "órgãos representativos" das pessoas jurídicas entre os representantes legais, sem referir, porém, no ponto, a teoria orgânica (*Teoria-Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Francisco Alves, Rio, 1946, § 61, p. 308).

Eduardo Espinola refere a teoria orgânica e não a acolhe, entendendo as pessoas físicas como representantes da pessoa jurídica (*Sistema do Direito Civil brasileiro*, 3.^a ed., Livraria Francisco Alves, Rio, 1938, v. I, p. 455/456).

valor jurídico a figuras retóricas" (Ferrara, cit., *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 579); elivado de "sofismas e contradições" Zangara, op. cit., p. 169); oferecendo "uma imagem em vez da realidade" (Von Tuhr, obra, volume e citados, p. 120); "detrito ideológico de uma teoria ultrapassada" (Ferrara, cit. *Le Persone Giuridiche*, n.º 35, p. 89, nota 2); "configuração plótórica fantástica da realidade" (Alessi, op. cit., p. 383); "doutrina que impõe a seus adeptos um *sacrificium intellectus*" (Schlossmann segundo Von Tuhr, obra, volume, § e página citados, nota 33); ou que "repousa inteiramente em um misticismo, porque quer elevar à honra de dogma científico uma simples metáfora" (Schlossmann, segundo Ferrara, cit. *Teoria de las personas jurídicas*, n.º 93, p. 581).

Alguns autores referem, porém, que se assiste a um reviver da teoria da representação, e a um correlato declínio da teoria orgânica.⁹

⁹ Alessi, *op. cit.*, p. 384. No mesmo sentido, Ferrara, *cit. Le Persone Giuridiche*, n.º 35, p. 87, nota 1, e, recentemente, Pietro Rescigno, obra e número citados, p. 176/177, cuja posição é, entretanto, organicista.

Silvio Rodrigues trata como representantes as pessoas físicas que atuam pela pessoa jurídica, também silenciando sobre a teoria orgânica (*Direito Civil. Parte Geral*, Max Limonad, São Paulo, 1962, n.ºs 28/29, p. 96/97, e *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, Saraiva, São Paulo, 1975, n.º 33, p. 84/85. A respeito, veja-se a nota 14).

Posição organicista parece ser a de Washington de Barros Montelero, embora inicialmente declare que a teoria da realidade natural ou objetiva "recal na ficção quando se refere à vontade própria da pessoa jurídica. A vontade é peculiar aos homens; como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo" (*Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Saraiva, São Paulo, 1958, p. 109).

Depois, porém, afirma que o Estado "age por meio de representantes cujos atos, em última análise, são atos da própria administração pública" (*op. cit.*, p. 113).

E em outro ponto alude à representação das pessoas jurídicas, mas acrescenta que "cumpre não confundir essa representação com a inerente aos incapazes. Quanto a estes, a vontade do representante substitui a dos representados; nas pessoas jurídicas, a vontade reside no próprio ente, sendo o representante o meio de exteriorizar essa vontade" (*op. cit.*, p. 123); reportando-se, nesse último trecho, a Azzariti, Martínez e Azzariti (*Direito Civile Italiano*, 2.ª ed., Cedam, Pádua, 1943, n.º 248, p. 381), que seguem a teoria orgânica.

Nossa posição contrária à teoria remonta a 1957, nas observações que escrevemos sobre a 1.ª edição da *Introdução ao Direito Civil*, de Orlando Gomes ("Notas sobre a *Introdução ao Direito Civil* do Professor Orlando Gomes", publicadas em *Direito*, Freitas Bastos, Rio, ano XVI, v. CIII a CV, janeiro a junho de 1957, n.ºs 16/17, p. 92/94, e publicadas em separado no *Recife*, em 1965, impressão da Tipografia Marista, p. 11/12); tendo sido reafirmada no trabalho que escrevemos sobre a resposta de Orlando Gomes àquelas observações ("Sobre diversas questões de direito civil", publicado no *Arquivo Forense*, Recife, v. XXXVIII, 1959, p. 117/121; e publicado em separado no *Recife*; em 1960, impressão da Imprensa Oficial, p. 53/57).

2 — O conceito de órgão surgiu com o teoria da realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica, da qual fazia parte necessária, porque era ponto central dessa teoria a existência de uma vontade própria da pessoa jurídica,¹⁰ vontade que exigia o conceito de órgão, ou seja, a ideia de que as pessoas jurídicas querem e atuam elas mesmas, diretamente, pelo instrumento das pessoas físicas, que não são, portanto, representantes da pessoa jurídica; de tal sorte que se afirma ser a teoria da realidade natural ou objetiva pressuposto do conceito de órgão,¹¹ ou que a teoria dos órgãos germinou sobre o terreno da teoria da realidade natural ou objetiva, e sobre as premissas desta última se fundam os seus principais elementos.¹²

Estando a teoria da realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica tão intimamente ligada ao conceito de órgão, que é também denominada teoria orgânica.¹³ e 14

¹⁰ Ferrara, *cit. Le Persone Giuridiche*, n.º 11, p. 21.

¹¹ Alessi, *op. cit.*, p. 379 e 380.

¹² Zangara, *op. cit.*, p. 142.

¹³ Ferrara, obra e número citados, p. 19; Zangara, *op. cit.*, p. 92 e 93 (quanto a Zangara, porém, veja-se adiante o texto principal e a correspondente nota 16).

¹⁴ Em razão de ser o conceito de órgão parte da teoria da realidade natural ou objetiva, e considerando a relação universal da mesma teoria da realidade natural ou objetiva (v. g. Alessi, *op. cit.*, p. 379/380, e Biscaretti di Ruffia, obra, volume e número citados, p. 132), Ferrara reputou o conceito de órgão "destrito ideológico de uma teoria ultrapassada" (nota 7).

Entre nós, limitando mais uma vez o exame à doutrina de direito privado, não aceitamos a teoria da realidade natural ou objetiva Orlando Gomes (*op. cit.*, n.º 138, p. 212). Calo Mário da Silva Pereira (obra e volume citados, n.º 54, p. 218 e 220), Washington de Barros Montelero (obra e volume citados, p. 103/109) e Serpa Lopes (obra e volume citados, n.º 189, p. 335/336).

Contrário à teoria da realidade natural ou objetiva é também Pontes de Miranda: "A teoria orgânica (G. Beseler, O. von Gierke, E. Zitelmann, F. Regelsberger) acentuou o conteúdo de vontade coletiva real que há na pessoa jurídica, mas errou em assimilá-la ao ser vivo. O conceito de organismo é supérfluo ao direito, e equivoco; no mundo fático não no seria menos, porque associação e fundação não são orga-

Havendo, inclusive, quem distinga as duas figuras utilizando a locução "concepção orgânica" para designar a teoria da realidade natural ou objetiva das pessoas jurídicas, e a locução parônima "doutrina orgânica" para designar o conceito de

nismos. Não menos inadmissível a *regula técnica* dos juristas franceses" (obra e tomo citados, § 81, p. 315/316. Entretanto, em outros pontos, mais de uma vez dirá Pontes de Miranda que os órgãos das pessoas jurídicas são como os órgãos das pessoas físicas; cf. nota 63).

Posição não favorável à teoria da realidade natural ou objetiva parece ser a de Vicente Ráo (obra e volume citados, n.º 114, p. 240/241 e n.º 124, p. 248/250).

Contrário à teoria é Eduardo Espinoia: "Pode-se, de um modo geral, opor a Gierke e a Preuss uma objeção que se refere ao emprego de uma expressão que, além de levar a crer em um paralelismo, tem um conceito impreciso e, por isso, impróprio para esclarecer uma idéia obscura" (obra e volume citados, p. 412).

J. X. Carvalho de Mendonça rejeita a teoria da ficção e, citando Clóvis Beviláqua, afirma que a pessoa jurídica é "uma pessoa real, criada pela ordem jurídica" (op. cit., v. III, n.º 601, p. 79), afastando-se, com essa referência à criação da pessoa jurídica pela lei, da teoria da realidade natural ou objetiva, para a qual "o direito positivo não cria esses organismos coletivos, mas já os encontra na vida social, lhes constata a existência, e lhes declara a subjetividade jurídica". "O reconhecimento do Estado não é senão a declaração dessas unidades coletivas sociais, dessas novas personalidades" (Ferrara, cit. *Le Personne Giuridiche*, n.º 11, p. 19 e 20).

Clóvis Beviláqua ora afirma, como já se referiu, que a pessoa jurídica "é uma pessoa real, criada pela ordem jurídica" (op. cit., § 18, p. 154), e aqui se afasta da teoria da realidade natural ou objetiva, como também já se disse, ora afirma que o corpo social, "do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente reconhecido como existindo realmente" (op. cit., § 19, p. 158), e neste último ponto segue a aludida teoria.

Menos precisa é, ainda, a opinião de Trajano de Miranda Valverde, o qual afirma que as pessoas jurídicas "não são ficções, mas realidades", sem esclarecer se essa realidade é natural ou técnica (op. cit., v. I, n.º 26, p. 38).

Adiante, porém, declara que "essa concepção orgânica da pessoa jurídica deduzida da observação do seu funcionamento, vai facilitar-nos explicação singela das relações dos membros, diretores, conselheiros

órgão: "ou a locução "teoria dos órgãos" ou "teoria orgânica" para designar o conceito de órgão e a locução "doutrina orgânica" para designar a teoria da realidade natural ou objetiva. 10

Dizendo um autor contrário ao conceito de órgão que usada fora da teoria da realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica a palavra órgão pode ser fonte de erros na substância, e acrescentando que escritores recentes não falam mais de órgãos, não sendo a omissão, por certo, ocasional; concluindo, porém, que se seria difícil prescindir de um termo que entrou há

13 Alessi, op. cit., p. 378/379.

14 Zangara, op. cit., p. 142 e 143.

fisais entre eles e a sociedades anônima" (obra, volume e números citados, p. 40); o que, visto como afirma que os administradores das sociedades anônimas são órgãos, e não representantes (nota 8), faz parecer que com a locução "concepção orgânica" se tenha referido à teoria orgânica, e não à teoria da realidade natural ou objetiva.

Já Silvio Rodrigues, embora trate as pessoas físicas como representantes das pessoas jurídicas (nota 8), afirma, aludindo às pessoas jurídicas, que "para o direito brasileiro tais entes têm realidade objetiva, pois a lei assim o diz", reportando-se aos arts. 18, 20 e 21 do Código Civil (cit. *Parte Geral*, n.º 25, p. 92).

Entretanto, não somente com as dicções da lei é impossível resolver problemas de construção jurídica como também nenhum dos referidos artigos do Código Civil fala na "existência objetiva", mas ou apenas na "existência", sem nenhum qualificativo (arts. 20 e 21), ou na "existência legal" das pessoas jurídicas (art. 18).

Mas, mesmo quanto aos artigos 20 e 21, se toda existência, em direito, fosse necessariamente objetiva, seguir-se-ia, por exemplo, que a teoria da realidade técnica, ou da realidade normativa (Barbero) (de parte as contradições nos próprios termos, que as denominações importariam), seria negatista da pessoa jurídica o que sabidamente não ocorre.

De observar que a posição de Silvio Rodrigues é inversa à da generalidade da doutrina, não somente brasileira, que, como já dissemos, é contrária à teoria da realidade natural ou objetiva, e a favor da teoria orgânica; enquanto Silvio Rodrigues declara a primeira acolhida pelo nosso direito mas não a segunda, uma vez que, consoante também já dissemos, trata como representantes as pessoas físicas que atuam pelas pessoas jurídicas (nota 8).

decênios na doutrina e na prática, isso se torna impossível depois que foi introduzido também em textos legislativos.¹⁷

Observando um outro antio organicista que alguns empregam a palavra órgão no sentido técnico da doutrina da realidade natural ou objetiva das pessoas jurídicas, outro sem sentido impróprio, desviando-se da referida teoria; e acrescentando que, na verdade, como dissera um adepto da teoria da realidade natural ou objetiva das pessoas jurídicas (Preuss), o termo somente deveria ser empregado pelos que seguem a mesma teoria, porque para os demais escritores se torna uma palavra enigmática.¹⁸

Mas um organicista atual adverte que a palavra órgão não deve trazer à mente a teoria da realidade natural ou objetiva das pessoas jurídicas, da qual o conceito de órgão proveio, teoria hoje universalmente abandonada, uma vez que a palavra passou

¹⁷ Arnaldo de Valles, obra e volume citados, n.º 32, p. 102, 105 e 106.

Entre nós, como observa Valverde, nas sucessivas Constituições Federais, "a cada passo encontra-se o termo" (obra, volume e número citados, p. 11, nota 11).

Entretanto, um autor cujo entendimento coincide com o dos organicistas não emprega a expressão órgão, inclusive pela sua dualidade de significados:

"A doutrina usa freqüentemente a esse propósito o vocábulo órgãos, seja para designar os vários cargos públicos, seja para designar os indivíduos investidos daqueles cargos, e a legislação moderna, especialmente a nossa, o emprega sobretudo para designar os cargos; prescindindo de considerar que um só vocábulo para dois conceitos distintos pode gerar confusão, não entendo que o vocábulo acolhido, tomado de empréstimo a fenômenos fisiológicos de natureza muito distinta da natureza dos fenômenos jurídicos, seja o mais idôneo para tornar claros estes últimos e, assim, prefiro usar constantemente as outras já mencionadas locuções de cargos públicos e de funcionários públicos" (Cino Villa, *Diritto Amministrativo*, reestampa da 3.ª ed., Utet, Turim, 1949, v. I, n.º 43, p. 158). Entretanto, a posição de Cino Villa é contrária à teoria da representação, afirmando ele que o funcionário se identifica com a pessoa jurídica, o que coincide com a teoria organicista (obra e volume citados, n.º 47, p. 175/176).

¹⁸ Ferrara, cit. *Teoría de las Personas Jurídicas*, n.º 45, p. 204 e 205, e n.º 43, p. 191.

a ser empregada em sentido meramente translativo ou metafórico, com base no seu originário significado etimológico, que é o de instrumento.¹⁹

E a doutrina brasileira largamente dominante emprega a palavra órgão e acolhe o seu conceito, não obstante seja contrária à teoria da realidade natural ou objetiva das pessoas jurídicas.²⁰

Enquanto que outro jurista nosso, tratando as pessoas físicas como representantes legais, emprega para designá-las a locução "órgãos representativos",²¹ contraditória nos próprios termos, dada a oposição entre a teoria da representação e a teoria do órgão (ver, porém, as notas 24 e 36).

Por sua vez, autores estrangeiros, tanto organicistas,²² quanto antio organicistas,²³ empregam a denominação "representação orgânica", não obstante a colisão entre substantivo e adjetivo (cits. notas 24 e 36).

Concluimos que se o conceito de órgão pode vir a ser afinal rejeitado, como inclusive nos parece uma imposição da verdade científica, a palavra mesma não será mais eliminada da doutrina e da legislação, tanto que — como há pouco referimos — é utilizada por autores antio organicistas na expressão *representação orgânica* (n.º 4), para designar a representação das pessoas jurídicas.^{24 e 25}

¹⁹ Biscaretti di Ruffia, obra, volume e número citados, p. 132.

²⁰ Vejam-se as notas 8 e 14.

²¹ Clóvis Beviláqua, *ibidem*.

²² Donati, *Elementi di Diritto Costituzionale*, 3.ª ed., Cedam, Pádua, 1932, p. 77.

²³ Alessi, *op. cit.*, p. 390 e 393.

²⁴ Pietro Rescigno entende que a *representação orgânica* e a *representação necessária* são "fórmulas mistas" (obra e número citados, p. 177).

O que não ocorre nem relativamente à *representação necessária*, que é apenas uma expressão sinônima de *representação legal*, nem com a *representação orgânica*, em que ocorre a apropriação de um derivado da palavra órgão pela teoria da representação (nota 36).

²⁵ A doutrina contrária à teoria orgânica reconhece na palavra órgão valor figurativo que a torna eficiente do ponto de vista da lin-

Por outro lado, no tratamento desses problemas de linguagem, é útil deixar aqui certo que a locução *teoria orgânica* é utilizada neste escrito, do início até o final, não para designar a teoria da realidade natural ou objetiva, mas para designar o conceito de órgão das pessoas jurídicas, que permanece dominante, mesmo depois de abandonada a teoria da realidade natural ou objetiva, da qual, como já dissemos, aquele conceito se originara.

3 — O presente escrito terá por objeto apenas os órgãos chamados externos, que constituem o conceito antitético ao de representantes, porque ambas as figuras relacionam a pessoa jurídica com terceiros; ²⁶ nenhum interesse apresentando para o presente escrito a figura dos chamados órgãos internos, cuja existência é reconhecida pela doutrina antiorganicista, ²⁷ porque a figura não se opõe à figura dos representantes das pessoas jurídicas.

²⁶ Ainda quando não se admita a existência de relações entre a pessoa jurídica e seus órgãos, ou de relações dos próprios órgãos entre si (n.º 9), nem a existência de relações jurídicas unissubjetivas (n.º 12), a expressão "relação com terceiros" não será tautológica, dada a existência de uma relação entre representado e representante, da qual decorre para o último o poder de relacionar o primeiro com terceiros (a respeito, nosso "Da Representação Voluntária no Direito Civil. Da Ratificação no Direito Civil", tese de concurso, impressão do *Jornal do Comércio do Recife*, 1965, n.º 16, p. 66/67 e n.º 31, p. 109/111).

²⁷ Von Thur, obra, volume e parágrafo citados, p. 123.

Mortati, que é organicista, refere e acolhe o entendimento de que o nome órgão deve ser reservado aos cargos que tenham relevo externo, exercendo uma atividade juridicamente relevante fora do âmbito da pessoa jurídica (op. cit., n.º 34, p. 152).

Os demais organicistas em que encontramos referência aos órgãos internos não aludem a esse entendimento (Messineo, *ibidem*; Barbero, *Sistema Istituzionale*, 2.ª ed., Utet, Turim, 1950, v. I, n.º 121, p. 187/188; Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2.ª ed., Utet, Turim, 1950, n.º 71, p. 558/559, e n.º 73, p. 573; Trabuechi, *Istituzioni*, 20.ª ed., Cedam, Pádua, 1974, n.º 54, p. 114/115).

guagem, conquanto juridicamente seja um conceito inaproveitável (Ferreira, cit. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 45, p. 204 e 205).

Dado que os órgãos internos não relacionam a pessoa jurídica com terceiros, descabe estabelecer qualquer identificação ou distinção relativamente aos representantes, cuja função é precisamente a de relacionar o representado com terceiros. ²⁸

²⁸ A respeito, objetou Messineo:

"Observe-se como aqueles que negam o conceito de órgão (e são a maioria), referindo-se ao caso dos administradores, não se tenham advertido de que o conceito de órgão é ineliminável, quando se trata de definir a natureza jurídica da assembleia, à qual o conceito de representação é inteiramente inaplicável (o mesmo se diga de cada associado)."

Mas, se a assembleia é considerada órgão (e não representante), não se entende porque deveriam ser representantes os administradores, que têm a mesma natureza da assembleia, enquanto tanto a assembleia quanto os administradores são instrumentos indispensáveis para que a pessoa jurídica possa participar da vida do direito" (*ibidem*). Os grifos são de Messineo).

Entretanto, a assembleia não é representante, porque não relaciona a pessoa jurídica com terceiro, e a representação supõe esse relacionamento, que é efetuado pelos administradores, que são, por isso, representantes; não têm a mesma natureza, portanto, a assembleia e os administradores.

E admitir a existência dos órgãos internos não importa admitir o conceito de órgão (já antes dissemos que a palavra órgão — não o conceito que lhe corresponde na teoria orgânica — parece definitivamente incorporada à linguagem jurídica), ou seja, não importa admitir a unidade entre pessoa jurídica e pessoa física, porque, como observa Von Thur (*ibidem*), não é a própria sociedade que exterioriza vontade através dos seus órgãos internos, mas ainda aqui são as pessoas físicas (inclusive no caso da assembleia) que exteriorizam a vontade, com eficácia para a pessoa jurídica (Von Thur, depois de corretamente afirmar que "não é a associação que exterioriza sua vontade na assembleia, mas os membros", inexactamente acrescenta que "a vontade da maioria determina a da associação" (obra, volume e parágrafo citados, p. 124), admitindo, assim, aquela duplicação de vontades que constitui uma das variantes da teoria orgânica, como se verá no n.º 7).

Até invés, alguns desses autores entendem como órgãos apenas os internos, tendo como representantes voluntários e não como órgãos externos da pessoa jurídica os seus administradores (Barbero, *ibidem*), ou, mais restritamente, os administradores nomeados posteriormente à constituição da pessoa jurídica (Betti, *ibidem*) (a respeito, ver a nota 33).

O entendimento de que a deliberação tomada na assembleia é deliberação da própria pessoa jurídica (nesse sentido, v. g., Barbero e Betti, citados nas notas 27 e 33) e não da maioria ou unanimidade das pessoas físicas deixaria, inclusive, sem explicação a ação da sociedade anônima contra o acionista, na hipótese do art. 115, parágrafos 3.º e 4.º da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, porque não se entenderia pudessem o autor de uma deliberação (no caso, a sociedade) reclamar os prejuízos dela decorrentes, contra quem não a tomou (no caso, o acionista) (a respeito, ver o n.º 25).

Sobre a matéria, porém, escreve Ferrara: "A corporação age diretamente, em forma solene, na assembleia geral. A doutrina considera erroneamente a assembleia como órgão, quando se trata da forma de apresentação da coletividade mesma. A totalidade dos membros forma o corpo da associação, que aparece de forma solene e legalmente organizada na assembleia: a assembleia geral é o modo oficial de apresentação da corporação. Não importa que na assembleia não intervenham todos, porque basta que todos tenham sido convocados; a massa dos associados se reduzirá aos que voluntariamente compareçam, que representam, ou melhor, que atuam obrigatoriamente, segundo os estatutos, também pelos ausentes" (cit. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 112, p. 763). "Entre assembleia e corporação não há nenhuma relação de alteridade; se a assembleia age mal, não é responsável perante o ente; não é concebível uma ação de reembolso da corporação contra a assembleia, como o é, ao invés, relativamente ao diretor, ou aos administradores ou aos conselheiros fiscais. Por quê? A razão é óbvia: não se pode ser responsável para consigo mesmo; e a totalidade dos membros reunidos na assembleia é a associação" (obra e número citados, p. 765).

Entretanto, a inexistência de ação da pessoa jurídica contra a assembleia decorre, precisamente, do fato de que não é esta última quem delibera, mas a totalidade ou a maioria dos seus membros, contra os quais, por isso mesmo, tem a pessoa jurídica ação, como (sem entrar no exame desse ponto em direito comparado) ocorre no direito brasileiro (cit. art. 115, parágrafos 3.º e 4.º da Lei n.º 6.404).

Em escrito posterior, Ferrara reafirma que "a assembleia não é simples órgão, mas a própria corporação": adiante, todavia, adverte que "não a *universitas* desordenada, ainda que totalitária, é a corporação, mas a totalidade reunida em forma legal e convocada segundo as regras estatutárias. E então pode também dizer-se que a assembleia é um órgão com competências especiais, das quais não pode exorbi-

lar"; conclui que a assembleia "em todo o momento se identifica" com a pessoa jurídica (cit. *Le Personne Juridique*, n.º 77, p. 211, nota 1).

Assim, quer quando nega à assembleia o caráter de órgão, quer quando lhe admite esse caráter, Ferrara a unifica com a pessoa jurídica.

O que será correto apenas quando se entenda a assembleia como esfera abstrata de funções, com exclusão das pessoas físicas investidas, em reunião, dessas funções; o que coincide, aliás, com o conceito de órgão acolhido por Ferrara (cit. *Le Personne Juridique*, n.º 35, p. 93, nota 15; sobre esse e os demais conceitos de órgão, ver a nota 51).

Mas dos acima transcritos trechos de Ferrara nos parece claro que ele inclui no conceito de assembleia (à qual Ferrara, como se viu, inicialmente negava a natureza de órgão) as pessoas dos associados nela reunidos.

Se assim for, a identificação entre pessoa jurídica e assembleia, afirmada por Ferrara, não chegando a ser contraditória com sua posição contrária à teoria orgânica (porque essencial nesta última é a distinção entre órgão e representante, impertinente — como dissemos no n.º 3 do texto principal — quanto aos órgãos internos, entre os quais se inclui a assembleia), decerto não é coerente com aquela posição, porque (conquanto limitadamente à assembleia) admite a unidade entre pessoa jurídica e pessoa física que, estendida por igualdade de razão aos órgãos externos, implicaria a exatidão da teoria orgânica (n.º 9).

Tendo na presente nota invocado o art. 115, parágrafos 3.º e 4.º da Lei n.º 6.404, passamos a transcrever o que anteriormente escrevemos sobre a incompatibilidade entre a parte inicial e a parte final do aludido parágrafo 3.º ("o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido"):

"O enunciado contém uma contradição nos próprios termos, porque se o voto não prevaleceu não pode ter 'causado' nenhum dano."

"O parágrafo não impõe nenhuma pena pelo só fato do voto abusivo, independentemente de qualquer dano efetivamente causado à sociedade, única hipótese em que a regra não encerraria uma contradição; presume, ao invés, a indenização do dano causado pelo voto, exigindo, assim, um dano à sociedade e a relação de causa e efeito entre voto e dano; mas estatuinto essa responsabilidade ainda quando o voto abusivo não tenha prevalecido e, assim, não tenha causado dano algum, a parte final do parágrafo pretende uma logicamente inócuca causalidade sem nexo de derivação, sendo, em consequência, autônoma ou autodestrutiva: supondo um absurdo, é uma regra de incidência im-

4 — A relação que se estabelece entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas foi inicialmente entendida como uma relação de representação,²⁹ mais precisamente de representação legal,³⁰ dada a analogia existente com a situação dos incapazes, também impossibilitados de agir, senão através dos seus representantes.³¹

Esse entendimento não é, porém, o único existente entre os autores que definem a relação entre pessoa jurídica e pessoas físicas como uma relação representativa.

²⁹ Na representação, a exteriorização de vontade efetuada ou recebida, em nome de outrem, por um sujeito, investido do necessário poder, provoca efeitos para o sujeito em nome de quem foi a exteriorização efetuada ou recebida, ficando o sujeito que a efetuou ou recebeu inteiramente alheio a esses efeitos (nosso cit. *A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil*, n.º 2, p. 11).

A representação supõe dois sujeitos (além do terceiro a quem seja destinada a exteriorização, ou que a efetua): o representante, que é a pessoa que efetua (representação ativa) ou recebe (representação passiva) a exteriorização (na hipótese, a pessoa física); e o representado, que é a pessoa em nome de quem a exteriorização é efetuada ou recebida (na hipótese, a pessoa jurídica).

³⁰ Pequena parte da doutrina pretende excluir a representação legal do campo da representação (que, assim, ficaria reduzida à representação voluntária), alegando diferenças entre a representação legal e a voluntária, que, entretanto, segundo a doutrina amplamente dominante, não atingem a unidade do instituto (sobre o ponto, nosso cit. *A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil*, n.º 12, p. 49, nota 83; e, também, Zangara, op. cit., p. 21).

³¹ Mortati, op. cit., n.º 33, p. 146; Alessi, op. cit., p. 378; Zangara, op. cit., p. 253.

Refere Pietro Rescigno o Cãnon 100, § 3.º do Código de Direito Canônico, que equipara as pessoas jurídicas aos menores (obra e número citados, p. 176).

possível" (nossos "Observações sobre o Projeto de Lei das Sociedades por Ações" e "Sobre a nova Lei das Sociedades Anônimas", publicados no *Jornal do Commercio do Recife*, em 3 de outubro de 1976 e em 9 de janeiro de 1977, e publicados também em *Ajuris*, revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n.º 9, março de 1977, p. 124 e 131).

Parte não atual da doutrina tratava as pessoas físicas como mandatários da pessoa jurídica,³² incidindo, assim, na antiga confusão entre representação voluntária e mandato.^{33 34}

³² Cf. Soares de Faria, *Do Abuso da Razão Social*, Saraiva, São Paulo, 1933, n.º 60/75, p. 119/146, e Vicente Rão, obra e volume citados, n.º 140, nota 86, p. 265/266.

Sobre a distinção entre representação voluntária e mandato, nosso cit. *A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil*, n.º 24/26, p. 80/91.

³³ Organicismos modernos (Barbero e Bettl, citados na nota 27), não mais recaindo naquela confusão entre representação voluntária e mandato, entendem como representantes voluntários os administradores das pessoas jurídicas (incluídos entre os órgãos externos pela preterite doutrina organicista), ou os administradores nomeados posteriormente à constituição da pessoa jurídica, através de um seu órgão interno, a assembleia dos sócios, à qual esses autores se reportam, tomando a nomeação dos administradores efetuada pela assembleia como nomeação efetuada pela própria pessoa jurídica; o que realmente configuraria os administradores como representantes voluntários, e não como representantes legais da pessoa jurídica, uma vez que é representação voluntária a que nasce de ato de vontade do representado (a propósito, veja-se a nota seguinte); posição que de qualquer sorte é organicista, pela identificação que opera entre deliberação da assembleia e deliberação da pessoa jurídica (sobre a autoria das deliberações da assembleia da pessoa jurídica, ver a nota 28).

³⁴ A respeito da divisão da representação em legal (também denominada necessária) e voluntária (também chamada consensual ou "negocial"), observa Pugliatti que as expressões representação convencional e representação voluntária não são equivalentes, como não são equivalentes as expressões representação legal e representação necessária; uma vez que pode existir representação necessária quanto ao caráter e convencional quanto à fonte (caso da representação das pessoas jurídicas), e pode haver representação legal e não necessária (caso da representação do gestor de negócios); seguindo-se que são quatro os tipos de representação, agrupados dois a dois: representação legal ou representação convencional; e representação necessária ou representação voluntária (*Introducción al Estudio del Derecho Civil*, trad. espanhola das *Istituzioni di Diritto Civile*, Porrua Hnos y Cia., México, 1943 p. 250/251. A respeito, Zangara, op. cit., p. 19/20).

Entretanto, a distinção entre representação voluntária (ou convencional, ou negocial), de um lado, e representação legal (ou necessária), do outro lado, diz apenas com a origem do poder representativo, que

E embora o entendimento das pessoas físicas como representantes legais da pessoa jurídica se deva dizer ainda domínio no caso da representação voluntária é um ato de vontade do representado, e no caso da representação legal ou necessária independe de ato de vontade do representado.

Todas as cinco expressões são defeituosas, como dissemos em outro escrito, em ponto que passamos a transcrever:

"A expressão voluntária não é adequada para o tipo que designa, porque parece abranger todas as espécies de representação nascidas imediatamente de ato de vontade, o que abrangia as hipóteses — alheias, entretanto, a esse tipo de representação — derivantes de ato de vontade do representante (gestão de negócios) ou de terceiros (hipóteses dos arts. 407 e 411, § único, do Código Civil).

A expressão convencional é mais gravemente errônea — e por isso não será empregada neste trabalho — porque parece exprimir que esse tipo de representação nasce de um negócio bilateral, quando, na verdade, tem fonte ele em um negócio necessariamente unilateral do representado, que é a procuração.

Também imprecisa é a expressão negocial, porque parece incluir as espécies em que o poder representativo nasce de um negócio de terceiro (hipóteses, já citadas, dos arts. 407 e 411, § único, do Código Civil), espécies essas, entretanto, excluídas desse tipo de representação.

Para designar o segundo tipo de representação são igualmente defeituosas tanto a expressão legal quanto a expressão necessária.

A primeira (representação legal), porque parece abranger apenas as hipóteses de representação que tenha fonte imediata na lei, o que não ocorre, porque nesse tipo também se inclui o poder representativo nascido imediatamente de ato judicial, de ato de vontade de terceiros (cits. hipóteses dos arts. 407 e 411, § único, do Código Civil) ou de ato de vontade do representante (gestão de negócios).

A segunda (representação necessária), porque não parece cobrir a hipótese — todavia, corretamente incluída no tipo — da representação do gestor de negócio, que não é necessária, porque este poderia insaurir-se ou não, segundo sua vontade.

Desse modo, todas as cinco expressões acima referidas são, em maior ou menor porção, inadequadas.

Mais exatamente, as duas fontes da atividade representativa de nominar-se-lam representação por ato de vontade do representado e representação sem ato de vontade do representado" (nosso cit. A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil, n. 11, p. 48/49).

nante entre os autores contrários à teoria orgânica,³⁵ parte recente da doutrina antiorganicista trata a representação das pessoas jurídicas como uma terceira espécie, denominada representação institucional ou representação orgânica,³⁶ ao lado da representação voluntária e da representação legal, tendo esta última como pertinente apenas aos incapazes; caracterizando-se a representação institucional ou orgânica pela coligação não ocasional ou provisória, mas estrutural, existente entre pessoa jurídica e pessoa física.³⁷

As diferenças entre representação legal e representação institucional ou orgânica, expostas por aquela corrente de doutrina,³⁸ não nos parecem, porém, suficientes para distingui-las

³⁵ V. G., Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, 3.ª ed., Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1951, n.º 77, p. 186/187; Von Tuhr, *op. cit.*, vol. 1.º, § 32, p. 123 e v. III, § 86, p. 96; Coviello, *op. cit.*, § 126, p. 384; Barassi, *op. cit.*, n.º 193, p. 401; Ruggiero e Marol, *Istituzioni*, 8.ª ed., Casa Editrice Giuseppe Principato, Milão-Messina, 1956, § 28, p. 122; Clóvis Bevilacqua, *op. cit.*, § 61, p. 308; Venzi, *Manuale*, 4.ª ed., Utet, Turim, 1929, n.º 138, p. 120; Dusi, *Istituzioni*, 5.ª ed., G. Giapichelli, Turim, 1951, v. I, § 18, p. 119.

³⁶ A expressão representação orgânica seria contraditória nos próprios termos, se não exprimissem a absorção da só palavra órgão (aqui através de um seu derivado) pela teoria da representação.

³⁷ Zangara, *op. cit.*, p. 20/24, 37, 199, 219/221, 277/281, 299/302.

Betti denomina institucional a representação das categorias profissionais (*op. cit.*, n.º 71, p. 559).

E Zangara informa que também se denomina institucional não somente a representação das categorias profissionais como a representação efetuada por representante composto por pessoas jurídicas e não por pessoas físicas e, ainda, quando uma pessoa "substitui antes de fato na vida jurídica" (*op. cit.*, p. 38).

A expressão "representação orgânica" é empregada por Alessi (*op. cit.*, p. 389/390) e referida por Pietro Rescigno (obra e número citados, p. 177), declarando Zangara que às denominações representação institucional e representação orgânica corresponde o mesmo conceito, parecendo-lhe, entretanto, mais adequada a primeira (*op. cit.*, p. 258, nota).

E Trabucchi emprega como sinônimas as duas expressões (*op. cit.*, n.º 54, p. 114, n.º 68, p. 143, e n.º 90, p. 216).

³⁸ Zangara, *op. cit.*, p. 277/279.

substancialmente, diante do preponderante elemento comum da impossibilidade de ação direta de ambos os correspondentes tipos de representados, pelos quais atuam outras pessoas, necessariamente pessoas físicas.

Dai se seguiu que tanto na representação dos incapazes quanto na representação das pessoas jurídicas são relevantes apenas os estados subjetivos (boa ou má fé) do representante, não também o estado subjetivo de má fé do representado, que é decisivo na representação voluntária.³⁹

Com respeito aos incapazes, esses estados podem existir, mas não são levados em conta, e com respeito às pessoas jurídicas não são nem mesmo concebíveis, porque não pode haver estados subjetivos, ou seja, psicológicos, fora das pessoas físicas.

A inclusão das pessoas físicas que atuam pela pessoa jurídica, entre os representantes legais, não importa, porém, afirmar a incapacidade das pessoas jurídicas.⁴⁰

Porque não se verifica com a pessoa jurídica aquela situação de transitoriedade ou anomalia que se verifica com determinadas pessoas físicas (menores e mentalmente insanos), visto que todas as pessoas jurídicas, e não apenas algumas delas, pela sua natural abstração, somente podem agir através de pessoas físicas; situação estrutural e, portanto, permanente e normal, não ocasional e admissivelmente provisória, como a dos incapazes.⁴¹

³⁹ Nosso cit. *A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil*, n.º 3, p. 15/16.

⁴⁰ No sentido de que a representação legal das pessoas jurídicas implicaria sua incapacidade, v. g., Rescigno, obra e número citados, p. 177.

⁴¹ A respeito, escreve Ferrara:

"De resto, não é exato falar de incapacidade, atribuindo à palavra o sentido de inidoneidade, como se o ente fosse um ser inabilitado para agir, quando o ente pela sua abstração deve necessariamente servir-se de pessoas físicas para desenvolver as suas atividades, deve organizar a cooperação entre elas, para o seu funcionamento. Isso é uma maneira de ser dos entes coletivos, uma forma de vida, não um demérito que as torne incapazes" (cit. *Le Persone Giuridiche*, n.º 35, nota 1, p. 89. Grifos de Ferrara).

Na mesma opinião, Von Tuhr, obra, volume e § citados, p. 118/119.

Nem a representação legal compreende apenas a representação das pessoas jurídicas e dos incapazes, uma vez que abrangem também a gestão de negócio (nota 34), em que o *dominus* só acidentalmente será incapaz.

5 — A teoria da representação veio opor-se a teoria orgânica, que, como já ficou dito (n.º 2), era parte da teoria da realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica, "que via na pessoa jurídica não uma ficção, e nem mesmo uma abstração, mas uma realidade viva na natureza, antropomorfa, dotada de vida própria, mesmo de um ponto de vista psicológico",⁴² ou segundo a qual "a pessoa jurídica é pessoa real, igual, na sua concretude, às pessoas físicas", "um ente real, comparável à pessoa física: uma entidade natural, com todos os elementos constitutivos dos organismos biológicos. Como a pessoa física se vale de órgão para suas atividades, assim a pessoa jurídica se vale dos seus órgãos para agir, para a consecução dos fins que lhe sejam inerentes".⁴³

Teve a teoria orgânica o mesmo "clamoroso sucesso" da teoria da realidade natural, ou objetiva, porém mais duradouro, porque ainda se mantém dominante, depois de rejeitada a teoria da realidade natural ou objetiva, que lhe era o suporte.⁴⁴

Segundo a teoria orgânica, a pessoa jurídica e o órgão não são duas pessoas, como representado e representante, mas uma pessoa única, porque o órgão se compenetra na pessoa jurídica, identificando-se com esta última.

Enquanto representado e representante são pessoas distintas, ligadas por relação externa, para a teoria orgânica o órgão se insere na constituição interna da pessoa jurídica, com a qual se unifica.⁴⁵

Em resumo, para a teoria da representação, o ato é praticado pela pessoa física, conquanto com eficácia para a pessoa

⁴² Alessi, op. cit., p. 378/379.

⁴³ Zangara, op. cit., p. 93 e 142.

⁴⁴ Alessi, op. cit., p. 379/380; Ferrara, cit. *Le persone giuridiche*, n.º 11, p. 20.

⁴⁵ Ferrara, cit. *Teoria de Las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 579, e *Le persone giuridiche*, n.º 35, p. 88, nota; Mortati, op. cit., n.º 33, p. 146.

jurídica; para a teoria orgânica, ao invés, o ato produz efeitos para pessoa jurídica porque é praticado por ela própria.

Em consequência, enquanto com a teoria da representação se entendia como *indireta* a responsabilidade civil da pessoa jurídica, isto é, responsabilidade pelo fato de outrem, no caso o representante, com a teoria orgânica se passou a entender que a responsabilidade da pessoa jurídica era responsabilidade direta, ou seja, responsabilidade por fato próprio (n.º 20 a 25).⁴⁶

Aqui, cabe registrar que, enquanto a teoria da representação se manteve inalterada nas suas linhas essenciais, a teoria orgânica, sob as críticas que lhe foram dirigidas, nas quais a nota comum era a do artifício de que se revestia, foi objeto de reelaborações sucessivas, de tal sorte que um organicista moderno observa que a concepção atual de órgão não pode deixar nenhuma maneira aproximar-se e muito menos confundir-se com aquela dos primeiros organicistas, restando atualmente apenas a expressão órgão, mas com um conceito e significado que nada têm mais em comum com aqueles próprios da sua origem.⁴⁷

Ferrara denomina "fases" essas diversas elaborações da teoria orgânica;⁴⁸ e Alessi, mais precisamente, "mudanças de conteúdo";⁴⁹ porque, como disse Foderaro no trecho há pouco citado, na verdade se trata de conceitos distintos, para os quais apenas se mantém um nome inalterado.⁵⁰

⁴⁶ Alessi, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁷ Foderaro, *op. cit.*, n.º 10, p. 221.

⁴⁸ *Cit. Teoria de Las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 578.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 380 e 381.

⁵⁰ "Dessa maneira, com o progresso da cultura, um conceito mais perfeito substituiu, para muitos objetos e relações, um imperfeito; pensou-se na história de representações como *Deus, força natural, lei natural, direito de cidadania, humanidade* e outras semelhantes. Mas os dois ficam claramente separados entre si: o mais antigo não se altera nem se aniquila, em si, mas somente na consciência dos homens se substitui por um novo. Esta invariabilidade e univocidade do conceito é o que a lógica exige em sua lei primeira e mais geral como *princípio de identidade*" (Rodolfo Lehmann, *Introducción a la Filosofía*, trad. espanhola, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1941, § 1, p. 19).

E ainda Foderaro declara que se está ainda muito distante da limpida e exata definição do conceito de órgão.⁵¹

6 — Na teoria orgânica originária, que, como já ficou dito (n.ºs 2 e 4), era parte da teoria da realidade natural ou objetiva

⁵¹ *Op. cit.*, n.º 12, p. 222, nota 1.

Sobre o que deva compreender como órgão das pessoas jurídicas são divergentes as opiniões na doutrina.

Parte dos autores entende por órgão a pessoa física titular do cargo, idéia sustentada pelos primeiros organicistas (Gierke, Preuss), mas que tem ainda numerosos sustentadores atuais; ou a pessoa física somente enquanto atua pela pessoa jurídica.

Parte sustenta que o órgão é simplesmente o cargo, uma abstrata esfera de poderes e deveres, uma competência inteiramente desvinculada de qualquer elemento pessoal.

Parte, ainda, que por órgão se deve entender tanto aquela abstrata esfera de atribuições quanto, conjuntamente, a pessoa física ou as pessoas físicas nela investidas: isto é, tanto o cargo quanto seu titular ou titulares.

Parte, afinal, acrescenta ao cargo e a seu titular os meios, inclusive materiais, de que se serve para suas atividades, os atos e documentos em que elas se exteriorizam.

"O *Princípio de Identidade* foi criticado com fundamento em que as coisas mudam, visto que o era verdadeiro sobre os Estados Unidos quando consistiam nos treze minúsculos estados originais, deixou de ser verdade para os Estados Unidos de hoje, com seus cinquenta estados. Num certo sentido da palavra "enunciado", essa observação é correta; mas esse sentido não é aquele que concerne à lógica. Aquelles "enunciados" cujos valores de verdade mudam com o tempo são expressões efêmeras ou incompletas de proposições que não mudam e são destas que a lógica se ocupa. Assim, o enunciado "há somente treze estados nos Estados Unidos da América" pode considerar-se uma expressão efêmera ou parcial de "havia somente treze estados nos Estados Unidos da América, em 1790", o que é tão verdadeiro no século XX quanto era em 1790. Quando limitamos nossa atenção aos enunciados não-efêmeros ou completos, o Princípio de Identidade é perfeitamente verdadeiro e indiscutível" (Irving M. Copi, *Introdução à Lógica*, trad. brasileira, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1974, p. 257. Grifos de Irving M. Copi).

Os organicistas, portanto, não têm sempre defendido um só e mesmo conceito, mas sucessivamente apresentado e defendido conceitos diferentes.

da pessoa jurídica, a própria pessoa jurídica age através dos seus órgãos, entendidos esses como as pessoas físicas, que se subsumiam na pessoa jurídica; servindo-se a pessoa jurídica das pessoas físicas seus órgãos, como o homem do seu cérebro, boca ou mãos: sendo o ato do cérebro, boca ou mãos atos do homem, como os atos do órgão, atos da pessoa jurídica.⁵²

Esse primitivo conceito de órgão foi abandonado, porque — escreve um organicista atual — aquela configuração naturalística era evidentemente inadequada, quando a realidade a atribuir à pessoa jurídica é de índole exclusivamente jurídica, e é em termos jurídicos que se deve explicar a penetração entre pessoa jurídica e órgão.⁵³

E do aspecto jurídico, como observa outro organicista moderno, a identificação do órgão com a pessoa física ou levaria ao absurdo de que a pessoa física perderia sua personalidade

⁵² Cf. Ferrara, *cit.*, *Teoría de las Personas Jurídicas*, n.º 45, p. 204/205, e n.º 93, p. 578/579, e *Le Persone Giuridiche*, n.º 11, p. 23; Von Tuhr, *op.*, v. e § *cit.*, p. 119; Alessi, *op. cit.*, p. 379; Mortati, *op. cit.*, n.º 33, pág. 146; Zangara, *op. cit.*, p. 151/152; Popesco-Ramniceanu, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, Paris, 1927, p. 244/245.

⁵³ Mortati *op. cit.* e n.º *cit.*, p. 146/147. A respeito, também Ferrara, *cit. Teoría de las Personas Jurídicas*, n.º 45, p. 205/206; Zangara, *op. cit.*, p. 152/153; e Alessi, *op. cit.*, p. 380/381.

Dessa "ultrapassada e aberrante concepção antropomórfica" (Alessi, *op. cit.*, p. 384) ou "configuração naturalística evidentemente inadequada" (Mortati, *ibidem*), ainda se serve, não obstante, Pontes de Miranda:

"Quem pratica os seus atos é o órgão, ou são os órgãos, se em caso de distribuição de funções; porque os órgãos são parte dela, como o braço, a boca, o ouvido, são órgãos da pessoa física" (obra e tomo citados, § 75, p. 282. Grifo de Pontes de Miranda); "O órgão atua e recebe como o braço, a mão, a boca, ou os ouvidos humanos: o ato

E há até opinião no sentido de que todos os cidadãos são órgãos do Estado.

Sobre o ponto, Zangara (*op. cit.*, p. 146/152), De Valles (obra e volume citados, p. 96/103), Foderaro (*op. cit.*, n.º 5/10, p. 218/221) e Gasparri (obra e volume citados, n.º 91, p. 199/204).

(o que, acrescentamos, equivale a dizer deixaria de existir, em direito, como pessoa física), ou levaria ao reconhecimento de que a pessoa física conserva sua personalidade, e, em consequência, mantém uma própria vontade e atividade; admitindo esse último entendimento, que parece incontestável, somente os efeitos da sua ação ou recepção se produziriam para a pessoa jurídica, o que importa configurar entre ambas uma relação de representação.⁵⁴

7 — A rejeição universal da teoria da realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica⁵⁵ privou aquele primeiro conceito de órgão, antropomorfo e materialístico, do seu pressuposto, levando à elaboração de um novo conceito de órgão, segundo

⁵⁴ Foderaro, *op. cit.*, n.º 6, p. 219.

⁵⁵ Informação em que concordam organicistas (Biscaretti di Buffa, obra e volume citados, n.º 57, p. 132) e antiorganicistas (Alessi, *op. cit.*, p. 380).

Refere Ferrara que ao explicar a maneira pela qual se compõe a personalidade das pessoas jurídicas, dissera Gierke (o que é indicativo e a receptividade são da pessoa jurídica" (*op. cit.*, tomo I, § 75, p. 286); "Quanto ao art. 15, a pessoa jurídica é responsável como a pessoa física o seria por ato do seu braço, do seu pé ou da sua boca" (obra e tomo citados, § 98, p. 420).

todavia, escreveu a respeito Vicente Ráo:

"Uma vez criados, transformam-se em partes integrantes da pessoa jurídica como (se nos for permitida a imagem) os órgãos do ser humano, provida cada uma dessas partes de funções próprias e todas elas de funções comuns, de modo a formarem e realizarem, em seu todo e em sua unidade personificada, a vontade e a atividade da pessoa jurídica" (*op. cit.*, n.º 140, nota 86, p. 268).

De observar que enquanto Von Tuhr (*op. cit.*, v. e § *cit.*, p. 119, texto principal e nota 30) e Pontes de Miranda (obra e tomo citados, § 75, p. 282) incluem Gierke, de quem indicam os respectivos livros e páginas, entre os autores que fazem aquela equiparação entre órgãos das pessoas jurídicas e órgãos humanos, Eduardo Espinola, sem fazer iguais indicações, afirma que "a idéia de organismo, na opinião de Gierke, serve para apresentar a pessoa jurídica como uma unidade e não para estabelecer a comparação com o organismo humano" (Espinola, obra e volume citados, p. 411).

o qual vontade e ação eram, do ponto de vista, respectivamente, psicológico e material, vontade e ação da pessoa física; mas do ponto de vista jurídico, vontade e ação da pessoa física eram vontade e ação da pessoa jurídica.⁶⁶

Manteve-se, porém, o entendimento de que o órgão não era um representante, visto como enquanto a representação supõe dois sujeitos (representado e representante), pessoa jurídica e órgão formam *externamente* um só sujeito, porque o órgão se inclui na constituição *interna* da pessoa jurídica, não sendo ligado a esta por uma relação externa, como ocorre entre representado e representante; assim, nas relações externas, é a própria pessoa jurídica que diretamente figura.

Argumentação que foi considerada profundamente falsa e artificiosa, uma vez vencida a anterior concepção antropomorfa, que era pressuposto da unidade entre pessoa jurídica e pessoa física.⁶⁷

Realmente falta explicar como pode, sem ficção, a vontade psicológica da pessoa física ser vontade jurídica da pessoa jurídica.

8 — Outro conceito de órgão veio a ser depois elaborado, especialmente pela doutrina publicística, segundo o qual o órgão é entendido como entidade objetiva, como esfera abstrata de funções, diversa da pessoa do seu titular, ou *portador da qualidade de órgão* (*Organt-äuser*).

Essa concepção objetiva do órgão importa uma grave modificação da teoria orgânica, em cuja formulação originária o órgão tinha um conteúdo essencialmente subjetivo, enquanto se considerava como órgão a pessoa física: o que era uma ne-

⁶⁶ Alessi, *op. cit.*, p. 380/381; Mortati, obra e número citados, p. 147.

⁶⁷ Alessi, *ibidem*.

da fantasia de que se reveste a teoria da realidade natural ou objetiva que "os associados separaram um pedaço de sua personalidade, e todos esses pedaços sangrentos de personalidade formam a entidade nova, sujeito jurídico".

Ao que observara Laband: "Afortunadamente, essa operação não é dolorosa" (Ferrara, *cit. Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 44, p. 199).

cessária consequência da concepção antropológica da pessoa jurídica (os órgãos equivaleriam ao cérebro, boca ou mãos da pessoa jurídica, como já dissemos).

O primeiro conceito de órgão, em sua arbitrária analogia com o campo animal, foi abandonado porque era artificioso, posto que — como também já se disse — vontade e ação, do ponto de vista psicológico ou material, outra coisa não podem ser senão vontade e ação da pessoa física; mas justificava a oposição entre a teoria orgânica e a teoria da representação, porque não haveria dualidade, mas unidade entre pessoa física e pessoa jurídica; e podia, embora inexactamente, explicar por que ação e vontade da pessoa física eram diretamente ação e vontade da pessoa jurídica.

Visto como se o órgão era a pessoa física, que assim se integrava na pessoa jurídica, vontade e ação da pessoa física eram vontade e ação da própria pessoa jurídica, não sendo necessária uma explicação relativa à projeção dos efeitos da ação e vontade do órgão (assim subjetivamente entendido) na esfera jurídica do ente coletivo, porquanto não haveria nenhuma projeção de efeito: a ação ou vontade do órgão seriam, elas mesmas, ação e vontade da pessoa jurídica.

Com a noção objetiva do órgão como esfera abstrata de funções e sua pretendida distinção diante do portador da qualidade de órgão, desaparece a antítese entre o órgão e o representante, porque o termo correlativo deste último passa a ser o portador da qualidade de órgão; deve ser comprovada, portanto, a diversidade que exista entre portador da qualidade de órgão e representante.

Restando dizer como os efeitos da ação e recepção do chamado portador da qualidade de órgão se dão na esfera da pessoa jurídica, fora da representação.

Continuará, dessa maneira, a dificuldade, porque o verdadeiro problema de construção jurídica não é o da relação da pessoa jurídica com o órgão (uma vez este entendido como abstrata esfera de competência), mas com o seu portador vivo,

com a pessoa física que exerce o cargo porque somente esta — e não as abstratas esferas de competência — pode querer e declarar.

Se o órgão é uma abstrata esfera de funções, o ato não é do órgão, mas da pessoa física, porque sendo a pessoa jurídica uma abstração, não pode agir através de outra abstração.

O órgão, assim objetivamente entendido, não se oporá mais ao representante (poder-se-ia inclusive dizer que há também um portador da qualidade de representante); ficará sempre por justificar a diversidade que existiria entre o representante (ou portador da qualidade de representante) e o portador da qualidade de órgão.

Falta, portanto, explicar qual o mecanismo pelo qual vontade e ação do chamado portador da qualidade de órgão (que não é o órgão) é vontade e ação da pessoa jurídica.⁶⁸

9 — Sustenta a teoria orgânica a unidade entre pessoa jurídica e órgão, que não seriam duas pessoas, como o representando e o representante, mas uma pessoa só, porque o órgão se compenetra com a pessoa jurídica, sendo *unum et idem* com esta última: fundando-se nessa unidade para afirmar que a vontade do órgão é juridicamente vontade da pessoa jurídica, e o ato do órgão, ato da pessoa jurídica.⁶⁹

⁶⁸ Ferrara, cit. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 582/586; Zangara, *op. cit.*, p. 152/155 e 168/169; Alessi, *op. cit.*, p. 381/384; Arnaldo de Valles, obra e volume citados, n.º 3, p. 96/97, e *Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Cedam, Pádua, 1951, n.º 62, p. 48, nota 1.

Desses autores foi extraída, por resumo, a exposição constante do n.º 8 do texto principal, da qual é nossa apenas a observação relativa à correspondência de posições entre o chamado portador da qualidade de órgão e o pela mesma razão também discernível portador da qualidade de representante.

⁶⁹ "Da identificação do órgão com o Estado decorre que através do órgão se manifesta de modo direto e imediato a vontade do Estado, sem necessidade de nenhum processo de imputação ou referimento dos efeitos decorrentes da atividade alheia" (Foderaro, *op. cit.*, n.º 8, p. 220. Grifos de Foderaro).

Aponta a doutrina antiorganicista o artifício da identificação entre órgão e pessoa jurídica, sustentada pela teoria orgânica, observando que se trata de uma petição de princípio, porque se dá essa identificação como verdade demonstrada.

"A responsabilidade pelos atos dos órgãos é de vontade própria, porque a vontade, em tais casos, é vontade da pessoa jurídica, e por ato próprio, porque os atos dos órgãos são seus" (Pontes de Miranda, obra e tomo citados, § 98, p. 416).

"O órgão e o Estado não são duas personalidades distintas, mas um sujeito único; os atos praticados pelo primeiro não são somente indiretamente referidos ao segundo, mas são imediatamente atos deste último" (Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 5.ª ed., Giuffrè, Milão, 1947, v. 5, p. 107).

"É o ente que quer e age por meio do indivíduo que funciona como seu órgão, e o direito refere ao ente como sua própria atividade e a vontade manifestadas como seu órgão pelo indivíduo" (Balladore Pallieri, *op. cit.*, n.º 9, p. 20).

"Os agentes, portanto, nas suas vestes de prepostos aos respectivos cargos, não são algo de estranho a estes: enquanto operam pelo ente, eles são o próprio ente" (Sandulli, *op. cit.*, n.º 61 bis, p. 144).

"Mas o Estado pode também querer e agir diretamente: isto é, por meio de órgãos ou de cargos que são parte da sua própria organização, e que externamente, isto é, perante terceiros, aparecem identificados com o Estado, na mesma relação que existe entre a parte e o todo, de maneira que a vontade do órgão não é senão a vontade do Estado" (D'Eufemia, *Elementi di Diritto Costituzionale*, 3.ª ed., Jovene, Nápoles, 1952, n.º 32, p. 76).

"Através do órgão se exterioriza diretamente a vontade do Estado e os seus atos são, por isso, imputados inteiramente ao próprio Estado" (Biscaretti di Ruffa, *op. cit.*, n.º 59, p. 137).

"Os órgãos formam, manifestam e atuam a vontade e a potestade do Estado" (Cereti, *Corso di Diritto Costituzionale*, 2.ª ed., G. Giappichelli, Turim, 1949, p. 45).

"A atividade que a pessoa física desenvolve por força da relação orgânica é imputável inteiramente, e não somente nos efeitos, ao ente do qual depende" (Melli, obra e volume citados, § 15, p. 75).

"A verdade é que a elaborada consciência jurídica acha, aqui, que o funcionário se identifica com o ente, e que o ente mesmo declara a própria vontade, através da pessoa do funcionário" (Cino Vitta, obra e volume citados, n.º 47, p. 176).

quando se trata, porém, de ponto essencial cuja demonstração não foi nem pode ser efetuada.⁶⁰

E àquela unidade apenas afirmada pela teoria orgânica, os autores a ela contrários opõem a verificada existência de relações dos órgãos com a pessoa jurídica, e, sobretudo, a existência de relações dos próprios órgãos entre si.

⁶⁰ "A observação de que os atos dessas pessoas não são seus próprios, mas do Estado, é um *petitio principii*, porque esse era o *demonstrandum*, que ao invés, a teoria orgânica dá como suposto" (Ferrara, cit. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 93, p. 334, nota 2).

"A afirmação de que o órgão se compenetra com a pessoa jurídica a que pertence não é apoiada por nenhuma prova, assumindo essa afirmação a fisionomia de uma verdade axiomática, enquanto era e é precisamente de demonstrar-se que o órgão se compenetra, como parte desprovida de subjetividade jurídica, com a pessoa a que pertence.

Nem existe nenhum dado positivo que valha para sustentar a afirmação dogmática da identificação em um só sujeito dos órgãos de uma pessoa jurídica, nem isso pode desumir-se dos princípios gerais da organização das pessoas jurídicas.

O fazer derivar da afirmação de que o órgão é o cargo, o corolário da sua identificação com o Estado, e, portanto, a consequência de que os órgãos diante do Estado não podem ter nenhuma subjetividade jurídica nos faz repetir *quod erat demonstrandum*. Assim também o dizer que o ato do órgão é ato da pessoa jurídica e não, como, ao invés, veremos, ato referível à pessoa jurídica, é sempre uma afirmação *a priori*, não demonstrada" (Zangara, op. cit., p. 154/155).

"Na representação o ato é do representante e produz efeito para o representado: também na pessoa jurídica o ato é de uma pessoa física (o titular de um cargo da pessoa jurídica) e é o ordenamento que o refere à pessoa jurídica. Esta é a realidade. Essa realidade representativa pode ser considerada de diversas maneiras, mas se impõe à consideração técnica" (Zangara, op. cit., p. 171).

"Exclui-se que se possa identificar como situação representativa aquela dos órgãos, com base na premissa indemonstrada e indemonstrável da compenetração dos órgãos na pessoa a que pertencem" (Zangara, op. cit., p. 218).

Diante dessa dificuldade,⁶¹ parte da doutrina organicista nega a natureza jurídica dessas relações;⁶² parte reconhece sua juridicidade, mas continua recusando qualquer subjetividade aos órgãos, afirmando que as relações jurídicas não devem necessariamente ocorrer entre distintos sujeitos, sendo perfeitamente possível a existência de relações jurídicas unissubjetivas;⁶³ parte, afinal, subdividindo-se em variantes, sustenta que os órgãos têm uma quase-personalidade;⁶⁴ ou que têm uma personalidade parcial, ou limitada às relações interorgânicas; ou, em outras palavras, que são sujeitos apenas do ordenamento particular interno, constituído pelo complexo de normas que o Estado dirige aos próprios órgãos, mas não são sujeitos do ordenamento geral, compreensivo das normas que regulam as relações entre o Estado e seus cidadãos, e destes últimos entre si;⁶⁵ ou, ainda, que a personalidade dos órgãos é puramente instrumental, porque posta a serviço da personalidade (material) da pessoa jurídica.⁶⁶

⁶¹ A respeito, escreve Gasparri:

"Discutiu-se e se discute ainda, por exemplo, se os órgãos, concebidos como instituições, têm uma personalidade jurídica distinta daquela do ente público a que pertencem, e dos outros órgãos deste. Muitos partindo de superficiais analogias antropológicas, o negam, afirmando que o órgão se identifica juridicamente com o ente, não é senão uma articulação deste. Mas, para fazer isso, são constrangidos a aceitar uma ou a outra de duas consequências, cada uma mais absurda do que a outra. Isto é, são constrangidos a admitir ou que as relações entre os órgãos e entre estes e o ente — relações que todavia existem, enquanto existem leis que as contemplam e as regulam — não são jurídicas; ou que se trata de relações jurídicas, mas que os entes entre os quais ocorrem não são sujeitos jurídicos" (obra e volume citados, n.º 92, p. 204).

⁶² Laband, Jellinek, Hatschek, Michoud, Ranelletti, Forti, segundo Zangara, op. cit., p. 174, nota 1.

⁶³ Santi Romano, "Frammenti di un Dizionario Giuridico", revista, Giuffrè, Milão, 1953, p. 163; Mortati, op. cit., n.º 37, p. 154/157.

⁶⁴ Gierke e Preuss, segundo Zangara, op. cit., p. 145, nota 1.

⁶⁵ Federaro, Crisafulli, Silvestre e Giannini, segundo Zangara, op. cit., p. 145, nota 2, e p. 204, texto principal e nota 1.

⁶⁶ Miele, obra, volume e § citados, p. 79.

Afirma um autor antiorganicista que a demonstração da personalidade dos órgãos será uma objeção essencial e decisiva contra a teoria orgânica, porque o princípio fundamental a que se liga a negação da possibilidade de relações representativas entre as pessoas jurídicas e os seus órgãos é o princípio de que os órgãos não têm nem podem ter personalidade ou subjetividade diante da pessoa jurídica, com a qual se identificam, e a representação supõe dualidade de pessoas, isto é, representado e representante;⁶⁷ não podendo, em consequência, existir representação entre pessoa jurídica e órgão, que são uma só e a mesma pessoa.

Realmente, se o órgão é pessoa, o ato é do órgão e só os respectivos efeitos podem ser da pessoa jurídica, daí se seguindo que exista entre ambos uma relação de representação.

Deve-se acrescentar que se a personalidade dos órgãos é terminante contra a teoria orgânica, a inexistência dessa personalidade só a favorece quando se entenda que o órgão é a pessoa física, ou compreende a pessoa física; porque quando se entenda o órgão como abstrata esfera de funções, inteiramente desvinculado da pessoa física investida dessa competência, ficaria por explicar de que maneira a ação da pessoa física produziria efeitos para a pessoa jurídica, fora da representação (n.º 8).

10 — Como dissemos no número imediatamente anterior, em favor da personalidade jurídica dos órgãos argumenta a doutrina contrária à teoria orgânica com as relações (jurídicas, porque disciplinadas pelo direito) que existem entre pessoa jurídica e órgãos e, sobretudo, com as relações, de grande frequência e importância, que se verificam entre os próprios órgãos, o que importaria suas subjetividades.⁶⁸

⁶⁷ Zangara, op. cit., p. 173.

⁶⁸ Sobre os diferentes entendimentos a respeito, veja-se a nota 51.

⁶⁹ "Inconcebível com o princípio de que os órgãos não têm personalidade jurídica é toda a série de situações nas quais se encontra o poder de órgãos impugnarem as medidas de outros órgãos do Estado, poder que implica um reconhecimento de interesses e de escopos diver-

com explicar relações jurídicas entre

Os autores organicistas, como também ali referimos, ou negam a existência de relações entre pessoa jurídica e órgãos, ou entre os próprios órgãos, ou reconhecem a existência dessas relações, mas recusam que elas importem dualidade de pessoas, afirmando a possibilidade da existência de relações jurídicas unissubjetivas, ou afirmam que os órgãos têm apenas quase-personalidade, ou uma personalidade meramente interna, ou parcial, ou limitada, ou meramente instrumental.

§ 11 — Os organicistas que negam sejam jurídicas (não obstante disciplinadas pelo direito) as relações dos órgãos da pessoa jurídica entre si, fundam-se em que no âmbito de um mesmo

atos e, antes, contrastantes, nos órgãos estatais, individualmente considerados."

"A esses casos de impugnação por parte de um órgão do Estado, e que põem órgãos do Estado em evidência como órgãos em confronto com outros órgãos, aos quais se recorre, devem acrescentar-se todos os casos de impugnação de um ato de um órgão por parte de um outro órgão, no campo do direito processual. Neste campo, existe toda uma vastíssima aplicação do princípio da contraposição dos órgãos, e aparece com absoluta clareza o desenvolvimento preordenado dos interesses distintos dos órgãos do Estado, mesmo pertencentes ao mesmo poder, isto é, ao mesmo grupo de órgãos. A prescindir dos casos de intervenção, no campo da justiça administrativa, de órgãos estatais como partes, aparece com imponente o fenômeno da contraposição, preordenada ao desenvolvimento do processo, entre os órgãos do Ministério Público e os órgãos jurisdicionais: de resto, todo o sistema processual, com os vários graus de jurisdição, oferece um vasto campo de observação e de individualização da subjetividade dos órgãos."

"As relações entre o Governo e as Câmaras parlamentares — por exemplo — não são somente relações de fato, somente políticas, mas assumem — pelo ordenamento e no ordenamento constitucional — uma indubitável fisionomia jurídica. E, efetivamente, o ordenamento jurídico condiciona o funcionamento dos órgãos parlamentares a alguns atos jurídicos do Governo e, vice-versa, condiciona o funcionamento do Governo a alguns atos dos órgãos parlamentares: disso nasce uma série de relações jurídicas."

Todas as relações de hierarquia no campo constitucional e no campo administrativo importam consequências jurídicas e têm, elas mesmas, caráter jurídico."

"Ora, é certo que existe aqui uma potestade, que é índice de personalidade, e não convence a exclusão dessa personalidade, fundada sobre

sujeito (a pessoa jurídica) não se pode verificar aquela dualidade ou alteridade que é pressuposto das relações jurídicas.⁷⁰

É clara aí a petição de princípio: se os antiorganicitistas pretendem demonstrar a inexistência da tese organicista da identificação entre pessoa jurídica e órgãos, opondo as contrastantes posições em que estes últimos se podem situar, o que os configura também como distintas pessoas, não se pode alegar contra essa prova de diversidade de pessoas que ela é impossível porque a pessoa jurídica é uma, nela se identificando todos os seus órgãos.

Como refere um antiorganicitista atual, dizer que não são jurídicas as relações entre pessoa jurídica e órgãos e dos órgãos entre si, importa negar a juridicidade de uma considerável parte do direito público.⁷¹

Tendo um organicista também moderno afirmado que entre a tese de que as relações interorgânicas não seriam relações jurídicas, por força da unidade da pessoa jurídica, de que os órgãos fazem parte, e o oposto entendimento de que essas relações, pelo fato de encontrarem no direito sua regulamentação e os meios para superar as posições de conflito, necessariamente se tornam jurídicas, não parece duvidosa a exatidão deste último

⁷⁰ Segundo Mortati, *op. cit.*, n.º 37, p. 154.

⁷¹ Zangara, *op. cit.*, p. 175.

o argumento de que as relações entre os poderes do Estado se explicam perfeitamente no quadro do princípio constitucional da divisão dos poderes, que é completado pelo princípio da coordenação dos órgãos dos vários poderes, segundo o qual, em certos casos nos quais pode nascer atrito entre os vários poderes, é estabelecido qual dos mesmos poderes deve prevalecer (Forti). Não convence porque também admitindo o princípio de coordenação dos poderes do Estado, e, antes, dos órgãos pertencentes aos vários poderes do Estado, mesmo reconhecendo que esse princípio implica a determinação da prevalência de alguns órgãos sobre outros, no quadro do ordenamento, e, em concreto, do esquema das normas de organização não parece que se possa daí inferir que falta a contraposição de alguns órgãos e de alguns grupos de órgãos, diante de outros órgãos ou grupos de órgãos. O só fato da 'coordenação' implica, antes, um coligamento de individualidades" (Zangara, *op. cit.*, p. 183 e 186/188).

entendimento, o único que faz correta aplicação dos princípios; embora conclua negando a personalidade dos órgãos, por admitir a existência de relações jurídicas unipessoais,⁷² ponto que será examinado imediatamente a seguir.

5.ª. 12 — Também não parece correta a opinião de que as relações dos órgãos entre si são relações jurídicas, visto como reguladas pelo direito, mas unissubjetivas, para o que são invocados exemplos de esferas de contraste atual ou potencial relativas a uma só pessoa, como o do herdeiro que seja também credor do espólio.⁷³

Porque no caso das relações jurídicas unissubjetivas, que na verdade excepcionalmente se verificam,⁷⁴ parte-se da comprovação da ocorrência de posições ativas e passivas na titularidade concorrente de um sujeito também comprovadamente uno.

O que não legitima a inversa conclusão de que sejam unipessoais posições contrastantes defendidas por agentes comprovadamente distintos (visto como não se pode recusar a distinção entre os órgãos).

Não se pode equiparar a pluralidade de posições e a (pelo menos fundadamente discutida) pluralidade de sujeitos que se verificam entre os órgãos às demonstradas pluralidade de posições e unidade de sujeitos que se verificam nas hipóteses do herdeiro credor do espólio e em outras sobre as quais se constrói a doutrina das relações jurídicas unissubjetivas.

Em suma, da existência de relações jurídicas unissubjetivas não se segue que as relações orgânicas,⁷⁵ verificadas entre diferentes órgãos, sejam também unissubjetivas.

⁷² Mortati, *op. cit.*, n.º 37, p. 154/155.

⁷³ Mortati, obra e número citados, p. 156/157.

⁷⁴ A respeito, Pugliatti, "Il Rapporto Giuridico Unisoggettivo", em *Diritto Civile, Metodo. Teoria. Pratica. Saggi, Giuffrè, Milano*, 1951, p. 395/537, e Carlota Ferrara, "Rapporto Successorio, Rapporto Giuridico e Rapporto Giuridico Unisoggettivo", na *Rivista di Diritto Civile*, ano III, Cedam, Padova, 1957, parte I.ª, p. 727/745.

⁷⁵ Observa Zangara que a expressão "relação orgânica" contém uma *contradictio in adiecto*, quando se entenda que o órgão se identifica com a pessoa jurídica, porque se estaria na presença de uma só

13 — A tese de que os órgãos têm apenas uma quase-personalidade, ou significa que eles não chegam a ter personalidade, ou significa que eles têm um personalidade reduzida, parcial ou limitada.

O primeiro entendimento se resolveria em mais uma petição de princípio, porque é precisamente esse o ponto que se discute. O segundo se identifica com a opinião que será examinada no número seguinte.

14 — A opinião de que os órgãos teriam uma personalidade limitada ou parcial⁷⁶ confunde entre personalidade e capacidade jurídica.

⁷⁶ O entendimento é assim exposto por um dos seus sustentadores: "Repitamos, portanto, concluindo, que o órgão não é sujeito de direito quando seja encarado diante do Estado como totalidade e diante dos outros sujeitos de direito, perante os quais se apresenta como o Estado em um seu particular aspecto. Deve-se concluir de maneira diversa quando se considere a posição dos órgãos nas relações recíprocas; efetivamente, do exame das numerosas relações interorgânicas resulta evidente que os órgãos frequentemente se movem em direções opostas e exprimem vontades substancialmente diversas, pelo que não se pode atribuir ao Estado todas aquelas vontades divergentes e frequentemente contrastantes."

Deve-se concluir de maneira diversa quando se considere a posição dos órgãos nas relações recíprocas; efetivamente, do exame das numerosas relações interorgânicas resulta evidente que os órgãos frequentemente se movem em direções opostas e exprimem vontades substancialmente diversas, pelo que não se pode atribuir ao Estado todas aquelas vontades divergentes e frequentemente contrastantes."

pessoa, o que excluiria a possibilidade de considerar-se a existência de relações jurídicas (op. cit., p. 175).

No mesmo entendimento, escreve o organicista Sandulli:

"Por outro lado, não se pode falar de uma relação jurídica de qualquer gênero (quer seja qualificada como relação orgânica, quer seja qualificada de qualquer outra maneira); uma relação jurídica pressupõe sempre uma relação entre titulares de situações subjetivas, enquanto, como já se disse, o preposto ao cargo, nessa sua veste, é de considerar como verdadeiro e próprio elemento constitutivo do cargo: identifica-se com o cargo. A única configuração que representa realmente o fenômeno continua sendo aquela que não fala de relação, mas de integração do agente no cargo" (op. cit., n.º 61 bis, p. 143/144). A objeção se reduz a uma disputa sobre o significado da palavra *relação*, que para Zangara e Sandulli supõe intersubjetividade, enquanto que para Santi Romano, Pugliatti e Carlota Ferrara (notas 63 e 74) supõe apenas a existência de posições diversas ou em contraste, ainda quando dizentes com um só sujeito.

Sendo a personalidade um conceito primordial, um *quid* simples, que não permite variações de conteúdo ou quantificações; nem aumentos, nem diminuições; personalidade, que é igual a "centro de imputação", ou se tem, ou não se tem, simplesmente, absolutamente.

Enquanto que a capacidade jurídica é um conceito que supõe o de personalidade, sendo, diferentemente desta última, um *quantum*; assim, entre pessoas que só podem ter uma imutável e a mesma personalidade, é possível que se verifiquem

"Não se entende válida, portanto, a tese de que nas relações interorgânicas é o Estado que entra em relação consigo mesmo; mas são os indivíduos órgãos que se opõem como entidades distintas, pontos ideais de referimento de direitos e de deveres, munidos de poderes próprios de império; em resumo, sujeitos de direito, criados pelo ordenamento, para que possam — limitadamente a um setor circunscrito de relações — atingir fins que têm suas razões de ser precisamente em tais particulares relações interorgânicas."

"Segue-se que o órgão é pessoa somente relativamente a uma parte da sua atividade, isto é, somente por um aspecto; mas neste tem personalidade plena, pelo que parece legítimo falar de personalidade *parcial* do órgão, antes que de personalidade limitada. Segue-se, ainda, que o órgão, *limitadamente às relações interorgânicas, perde a qualidade de órgão*, para assumir a figura de ente *per se*, instituição estatal que tem, por consequência, fins públicos, mas *funcionalmente* distintos daqueles do Estado. Resumindo, tem-se, portanto; *falta absoluta de personalidade do órgão perante o Estado e os outros sujeitos* (perante os quais o órgão se apresenta como um aspecto do próprio Estado): *personalidade plena e consequente perda da qualidade de órgão*, nas relações interorgânicas" (Foderaro, obra e volume citados, n.º 5, p. 233. Grifos de Foderaro).

A respeito, escreve Gasparri:

"Para evitar tais absurdos, salvando, contudo, a teoria da identificação do órgão com o ente, fala-se de uma quase-personalidade, ou de uma personalidade parcial do órgão; ou com um certo aparente rigor científico, de uma personalidade meramente interna, ou interorgânica; no sentido de que cada órgão teria personalidade jurídica diante dos outros órgãos, mas nenhum deles a teria diante do organismo social a que pertencem. Fórmula, também esta, que nos deixa muito perplexos, porque se dois entes se identificam, subjetivamente, com um terceiro, não se vê como possam subjetivamente contrapor-se um ao outro, sem

variações na extensão da sua capacidade jurídica; ¹⁷ que, inclusive, nas pessoas físicas, em direito privado, é maior que a das pessoas jurídicas, ocorrendo talvez o inverso em direito público.

De maneira que, ao conceber uma personalidade limitada ou parcial do órgão, esse entendimento na verdade delimita sua capacidade jurídica, o que importa admitir sua personalidade, por ser a capacidade, como pouco antes dissemos, subsequente à personalidade.

15 — A afirmação de que os órgãos têm personalidade apenas relativamente ao ordenamento particular ou interno do Estado, não relativamente ao ordenamento geral, substancialmente coincide com o entendimento da sua personalidade par-

¹⁷ Zangara, *op. cit.*, p. 201-203.

Sobre a distinção entre personalidade e capacidade jurídica, exposta com base em textos de Zangara e Domenico Barbero, nosso *Observações Sobre o Projeto de Código Civil*, edição da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, Recife, 1968, p. 10/13, nosso *Sobre legitimidade, atos jurídicos em sentido estrito e outros temas*, Imprensa de Mousinho Artêfatos de Papel Ltda., Recife, 1972, nota 19, p. 17/18, e nosso *Sobre o Projeto de Código Civil: Exposição ao Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição do Instituto dos Advogados Brasileiros, Recife, 1978, n.º 24, p. 47.

admitir, com isso, que o próprio terceiro ente se contrapõe, como sujeito, a si mesmo; o que constitui uma espécie de mistério semelhante àquele da Santíssima Trindade.

A verdade é que o órgão não pode deixar de ser pessoa jurídica, pela simples razão de que é titular do cargo, isto é, de deveres; e ser titular de deveres, isto é, destinatário de comandos, é, precisamente, ser pessoa jurídica, no ordenamento do qual promanam aqueles comandos" (obra e volume citados, p. 205).

Esse entendimento, segundo o qual a personalidade dos órgãos aparece ou desaparece, conforme o que (outro órgão) ou quem (Estado ou outro sujeito de direito) lhe esteja diante, não nos parece possa ser objeto de uma consideração séria; e embora fale em relações interorgânicas, importa a contraditória negação dessas relações, porque aqueles que só enquanto não se relacionam entre si são órgãos, já se inter-relacionam como pessoas, isto é, não mais como órgãos.

cial ou limitada, ¹⁶ a ela se aplicando, portanto, as mesmas observações expostas no número imediatamente anterior.

16 — Dizer que as próprias pessoas físicas prepostas aos vários órgãos são titulares de poderes e deveres que exercem para atender os objetivos da pessoa jurídica, gozando de personalidade jurídica, ainda que meramente instrumental, porque posta a serviço da personalidade material da pessoa jurídica, ¹⁸ importa reconhecer que ação e recepção são da própria pessoa física, não da pessoa jurídica, e que só os respectivos efeitos se produzem na esfera da pessoa jurídica; o que significa reconduzir a relação entre órgão e pessoa jurídica ao conceito de

¹⁸ Zangara, *op. cit.*, p. 206.

¹⁹ "Concebendo dessa maneira a relação orgânica, pode-se dar uma solução satisfatória à questão que consiste em decidir se as relações entre os órgãos de um mesmo ente têm caráter jurídico. A dificuldade, como é sabido, repousa no postulado de que uma relação jurídica não se verifica senão entre sujeitos do ordenamento jurídico, e os titulares dos órgãos, segundo aquela opinião tradicional que agora se discute, não teriam personalidade própria, mas personificariam um só e mesmo sujeito, nesse ou naquele aspecto da sua atividade. Em consequência, sempre segundo aquela opinião, as relações interorgânicas não seriam verdadeiras relações jurídicas no ordenamento geral do ente; mas porque não é possível desconhecer que também elas são reguladas pelo direito, diz-se que elas seriam jurídicas somente no interior do ente, relativamente ao ordenamento particular dele; e fora, ou seja, diante dos terceiros, apareceria a só pessoa jurídica. Essa solução, já em si bastante artificiosa, constrangida, como é, a admitir que o direito não se desinteressa pelas relações entre os vários órgãos de um mesmo ente, é obstaculizada, de outra parte, pelo seu falso ponto de partida, de que os titulares dos órgãos não teriam personalidade própria em tal veste. Mas quando se aceita a bem diversa tese de que as pessoas físicas prepostas aos vários órgãos são titulares, em si mesmas, de poderes e faculdades, que exercem para provar às funções do ente; que, como titulares de poderes e faculdades, gozam da subjetividade jurídica, ainda se esta é puramente instrumental, porque posta a serviço da personalidade (material) do ente; quando se admite tudo isso, o passo é breve para admitir que os vários titulares dos vários órgãos de uma mesma pessoa jurídica entram entre si em relações jurídicas, nem mais nem menos do que os outros sujeitos do ordenamento jurídico" (Miele, obra, volume e § citados, p. 79).

17 — Outro argumento contra a unidade entre pessoa jurídica e pessoa física, afirmada pela teoria orgânica, é a impossibilidade de configuração do chamado contrato consigo mesmo relativamente às pessoas jurídicas, que aquela unidade implicaria, como passaremos a expor.

Supõe o contrato consigo mesmo que o ato seja praticado por um sujeito em nome de outro sujeito, que não participa, assim, do ato, mas em cuja esfera jurídica se produzem os respectivos efeitos.

Não há, portanto, contrato consigo mesmo sem representação, ou seja, sem a atuação de um sujeito em nome de outrem e com eficácia para outrem.

Na representação, a exteriorização de vontade (representação ativa) ou sua recepção (representação passiva) são sempre de autoria do representante, e somente seus efeitos são atribuídos ao representado.⁸⁰

Supõe, ainda, o contrato consigo mesmo que o representante tenha no ato um interesse diverso do interesse do representado, ou que tenha atuado no mesmo ato por dois ou mais representados, com diferentes centros de interesse (hipótese da chamada dupla representação).

E tendo em consideração o risco de que o representante sacrifique ao seu próprio interesse o interesse do seu representado, que não atuou no ato, ou sacrifique ao interesse de um o interesse de outro dos seus distintos representados, o contrato consigo mesmo é, em princípio, inválido, na generalidade dos ordenamentos.⁸¹

⁸⁰ Nosso *O Contrato Consigo Mesmo*, Freitas Bastos, Rio, 1956, n.º 1, p. 9/12, e nosso cit. *A Representação Voluntária no Direito Civil. A Ratificação no Direito Civil*, n.º 3, p. 14/76.

A expressão *contrato consigo mesmo* é inexistente, porque não compreende os negócios unitários receptícios, isto é, concluídos por uma só parte, mas dirigidos a outro e determinado sujeito, todavia abrangidos pela figura, que melhor se denominaria, portanto, autonegociação ou negociação consigo mesmo (nosso cit. *O Contrato Consigo Mesmo*, n.º 1, p. 9, nota 1, e n.º 14, p. 27/32).

⁸¹ Nosso cit. *O Contrato Consigo Mesmo*, n.º 18, p. 36/39, e n.º 25, p. 51/52.

Mas se, como entende a teoria orgânica, ação e recepção são da própria pessoa jurídica e não da pessoa física (que só materialmente e não também juridicamente terá agido ou recebido), então nenhuma razão haverá para impedir que a pessoa física tenha na ação ou recepção um interesse oposto ao da pessoa jurídica; porque sendo ação ou recepção da pessoa jurídica, a própria pessoa jurídica terá cuidado dos seus interesses ali envolvidos; seguir-se-ia a impossibilidade da configuração de contratos consigo mesmo entre pessoa jurídica e órgão, porque não se se poderia verificar entre ambos a oposição de interesses cuidados por uma mesma pessoa que é pressuposto da figura e fundamento da sua vedação, como já dissemos.⁸²

O que significaria eliminar para as pessoas jurídicas (no que respeite aos órgãos e salvo no que respeite aos representantes

⁸² Essa impossibilidade lógica de configuração do contrato consigo mesmo relativamente às pessoas jurídicas, uma vez aceita a teoria orgânica, foi inicialmente afirmada por Pontes de Miranda, em conexão com sua posição organicista:

"Além disso, as pessoas jurídicas, ainda que tratem com os seus membros, se a lei e o ato constitutivo não lhes vedam tais negócios jurídicos, ficam como pessoas diante das pessoas dos seus membros. Aquêle que lhe compra, ou vende alguma coisa, ainda que assine por ela, como seu representante (sic.) ou órgão, não faz contrato consigo mesmo" (obra e tomo citados, § 63, p. 334).

Mas, em outro ponto, Pontes de Miranda contraditoriamente admite a configuração de contratos consigo mesmo entre a pessoa jurídica e o órgão que por ela atua:

"Quanto ao exercício de apresentação da pessoa jurídica (= como órgão da vida exterior), a sua posição é a de órgão — não a de representante legal, ou voluntário. O seu ato, como órgão, é ato da pessoa jurídica. A ele não se dirigem os atos jurídicos que se devem dirigir à pessoa jurídica. Os atos jurídicos que a pessoa jurídica haja de praticar pratica-os ele, como atos da pessoa jurídica. Os vícios de vontade dele são vícios de vontade da pessoa jurídica. Depende dos estatutos se pode contratar consigo mesmo, mas em geral pode cumprir deveres e obrigações (depositar na caixa o que deve, retribuir o que pagou a mais). O artigo 1.133 apanha os órgãos; exatamente porque admitimos o contrato consigo mesmo, teve o Código Civil de redigir o artigo 1.133, I. É preciso evitar-se, aí, qualquer influência de direito estrangeiro" (obra e tomo citados, § 91, p. 389. Grifo de Pontes de Miranda).

tes constituídos pelos órgãos) esse importante meio de defesa dos seus interesses patrimoniais, quando se trate de pessoa

De observar que Pontes de Miranda incide no generalizado equívoco de entender que o artigo 1.133 do Código Civil versa hipóteses de contrato consigo mesmo.

Na verdade, porém, assim não ocorre, como já observamos em escrito anterior:

"É necessário esclarecer que certos textos legais proibitivos que parecem fundar-se na vedação aos contratos consigo mesmo, efetivamente têm distinta fundamentação.

Nesses casos, com efeito, o que se proibe é o ato em si, não apenas o ato quando realizado através de contrato consigo mesmo. O ato é suspeito em si mesmo, e por isso proibido, e não apenas proibido quando auto-realizado.

Assim, todos os casos enumerados nos artigos 428, n.º I, e 1.133 do Código Civil, uma vez que, consoante esses preceitos, os negócios neles referidos são vedados, ainda quando realizados em hasta pública, hipótese em que não se poderia cogitar de autocontrato, mesmo na parte do n.º III do artigo 1.133, em que a proibição alcança os "juizes, arbitadores ou peritos que, de qualquer modo, possam influir no ato ou no preço da venda.", o que não quer dizer *particular da venda*.

Igualmente, não se funda na vedação aos negócios consigo mesmo o artigo 119, parágrafo único do Decreto-Lei 2.627, que proíbe aos diretores tomar empréstimo à companhia sem prévia autorização da assembleia-geral, porque se o fundamento da proibição fosse o autocontrato nada impediria que o diretor tomasse empréstimo à companhia representada por outro diretor, hipótese em que não se verificaria um contrato consigo mesmo.

Verdadeiramente, portanto, o que o preceito veda é que os diretores tomem empréstimos às companhias, sem que ocorra autorização da assembleia-geral, e não que autocontratem esses empréstimos.

Pode, *incidentemente*, haver autonegociação em casos regulados pelos arts. 428, n.º I, e 1.133 do Código Civil, e 119, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 2.627, tanto quanto autonegociação pode verificar-se em casos outros não regulados por esses artigos, mas não ocorrerá necessariamente autocontratos nesses casos, conforme já exposto.

Quando, portanto, ocorrer autocontrato em hipóteses disciplinadas pelos artigos 428, n.º I, e 1.133 do Código Civil, e 119, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 2.627, além do problema relativo à autonegociação, há que se encetar, ainda, o resultante da vedação legal a esses negócios, porque essa vedação os atinge quer sejam ou não auto-realizados.

jurídica de direito privado, e sobretudo morais, quando se trate de pessoas jurídicas de direito público.⁸³

⁸³ "Enquanto, porém, no Direito Privado o fundamento da vedação à figura é exclusivamente a defesa dos interesses patrimoniais do representado, cujo empobrecimento indevido se busca evitar, o fundamento da proibição à autonegociação no Direito Público é, predominantemente, a defesa dos interesses morais do Estado, ficando em plano absolutamente secundário a defesa dos interesses patrimoniais deste."

"Por consequência, as espécies admitidas de autonegócios de Direito Privado, que, para o Direito brasileiro, acima taxativamente enumeramos (n.º 39), não se podem, de nenhum modo, estender aos autocontratos de Direito Público.

Nesses, a atuação do funcionário público cuidando de direitos ou de interesses seus próprios, ou de representado seu, perante as próprias pessoas jurídicas de Direito Público, a quem também no ato presente, poderia ser extremamente prejudicial ao próprio Estado, por mais líquidos que fossem tais interesses e direitos, pela repercussão que tivessem esses atos na opinião pública, que — menos identificada com a legalidade ou justiça dos atos auto-realizados — os poderia tomar como meios de autofavorecimento pessoal, o que implicaria o descrédito do Poder Público, com as ruinosas consequências que para a ordem social daí se poderiam esperar" (nosso cit. O *Contrato Consigo Mesmo*, n.º 52, p. 90/91 e n.º 54, p. 93).

Já os artigos 387 do Código Civil e 120 do Decreto-Lei n.º 2.627 versam hipóteses em que necessariamente ocorreriam autonegócios.

Com efeito, o artigo 387 do Código Civil tem por fundamento impedir um autocontrato. Não se proíbe o ato, mas, apenas, sua auto-realização, tanto que o negócio pode ser feito, desde que nomeado curador especial para o menor.

Igualmente, o artigo 120 do Decreto-Lei n.º 2.627, que apenas veda ao diretor intervir, representando a sociedade, no negócio em que tenha interesse oposto ao da companhia, mas não proíbe a operação, que pode ser realizada pelo diretor impedido, em seu próprio nome pessoal, e pela sociedade, esta representada por outro diretor.

Dessa forma, somente se inspiram na vedação aos autocontratos as regras legais que impedem determinados atos somente realizados pelo representante (cit. art. 387 do Código Civil e art. 120 do Decreto-Lei n.º 2.627).

Nos demais casos acima mencionados, como já expostos, o que se proíbe é o negócio em si mesmo, e não apenas sua auto-realização" (nosso cit. O *Contrato Consigo Mesmo*, n.º 26, p. 54/58).

Esse resultado absurdo, a que necessariamente conduz a teoria orgânica, é recusado em nosso direito positivo pelo artigo 156 da atual Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976), que, reproduzindo a norma do artigo 120 da lei anterior (Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de dezembro de 1940), veda ao administrador "intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores".

A regra, analogicamente incidente sobre todas as pessoas jurídicas de direito público e sobre todos os demais tipos de pessoas jurídicas de direito privado,⁸⁴ prova contra a exatidão da teoria orgânica.⁸⁵

⁸⁴ Nosso ctt. *O Contrato Consigo Mesmo*, n.º 39, p. 71, e n.º 54, p. 93.

⁸⁵ Sobre a aplicação analógica das regras excepcionais, inclusive pela inexistência de diferença real entre analogia e interpretação extensiva, nosso "A respeito do cálculo da parte disponível", em *Symposium*, revista da Universidade Católica de Pernambuco, ano I, n.º 2, Recife, 1960, p. 101/103, e nosso "Sobre interpretação extensiva e analogia, contratos translativos no direito brasileiro e incidência do artigo 1.132 do Código Civil relativamente ao mútuo", na *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, ano III, n.º 5 e 6, Recife, 1974, n.º 3/8, p. 96/108.

Enquanto, porém, a sanção para os contratos consigo mesmo de direito privado é a anulabilidade, a sanção para os contratos consigo de direito público é a nulidade (nosso ctt. *O Contrato Consigo Mesmo*, n.º 45/46, p. 77/82, e n.º 56, p. 100/102).

De acrescentar que para os efeitos da proibição ao contrato consigo mesmo devem ser entendidos como contratos consigo mesmo de direito público não somente os atos auto-realizados cujo conteúdo seja de direito público (como uma nomeação, ou uma promoção), como também os atos auto-realizados cujo conteúdo seja de direito privado (como uma compra e venda, ou uma locação), porque a figura do contrato consigo mesmo diz com a formação do ato, e esta, quando do ato particeps uma pessoa jurídica de direito público, situa-se sempre no âmbito do direito público, ainda quando tenha um conteúdo de direito privado (a respeito, Sandulli, *op. cit.*, n.º 119, p. 332).

Sobre nosso entendimento de que o contrato consigo mesmo é sim-ples processo técnico de realização de atos de diversa natureza, tanto bilaterais ou plurilaterais, quanto unilaterais receptícios, não tendo a

18 — Para distinguir entre órgão e representante alega-se que atrás do representante está a pessoa representada, enquanto que atrás do órgão não está nada.⁸⁷

Ao argumento (ligado à unidade entre pessoa jurídica e órgão, sustentada pela teoria orgânica), respondem os antior-ganicistas que se com "o que deveria estar detrás do representante" e alude a uma vontade eficaz sob o aspecto jurídico, essa vontade falta também na representação dos incapazes; e caso se aluda a uma pessoa em cuja esfera jurídica influem os atos do representante, assim como atrás do tutor está o menor, atrás da pessoa física está a pessoa jurídica.⁸⁸

19 — Ou se afirma que a diferença fundamental entre o órgão e o representante está em que a representação pode ter origem num ato de vontade do representado, o que não ocorre com a qualidade de órgão.

Em contrário, foi observado que para demonstrar a falta de fundamento dessa alegação é suficiente recordar que a dou-

⁸⁶ "A construção doutrinária deve aplicar-se exatamente ao direito positivo. As regras positivas são os seus pontos de alinhamento. Ela lhes deve respeitar o conteúdo, conservando uma inteira liberdade quanto ao mais" (Therling, *L'esprit du Droit Romain*, tradução francesa de Meulenare, 3.ª ed., Librairie Marescq Ainé, Paris, 1887, tomo III, § 46, p. 63).

"Os conceitos que a formam devem adaptar-se exatamente às realidades positivas do direito vivo. É necessário que a construção abranja todas as regras que com ela se relacionam, de tal sorte que haja correspondência completa entre as soluções dadas de fato, e a vestimenta conceitual de que se cobrem. De outra maneira, o procedimento falha na sua missão: ele se torna falso e pernicioso" (Geny, *Science et technique en Droit Privé positif*, Recueil Sirey, Paris, 3.ª parte, 1921, n.º 223, p. 209/210).

⁸⁷ Jellinek, segundo Von Tuhr, obra, volume e § citados, p. 120, e segundo Zangara, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁸ Von Tuhr, *ibidem*.

No mesmo sentido, Ferrara, cit. *Teoría de las Personas Jurídicas* n.º 93, p. 580, e Zangara, *ibidem*.
figura, em si, nenhum conteúdo material (nosso ctt. *O Contrato Consigo Mesmo*, n.º 14, p. 27/32).

trina prevalente inclui no esquema da representação a representação legal, que não tem origem na vontade do representado.⁸⁰

19bis — Ou, ainda, analogamente, se afirma que a representação pressupõe duas vontades distintas, uma das quais substitui a outra, o que não ocorre entre pessoa jurídica e órgão.⁸⁰

Entretanto, na representação das incapazes não existe essa dualidade de vontade que se entende inseparável da representação, porque os incapazes não têm juridicamente vontade; quando têm vontade do ponto de vista psicológico, a lei não a considera suficiente para a capacidade de agir. Faltam-lhes, portanto, uma vontade juridicamente válida.⁸¹

20 — Observa um autor antiorganicista que se a diferença entre órgão e representante efetivamente existisse, deveriam ser diversas as disciplinas normativas das duas figuras.

O que, porém, não ocorre, visto como todas as normas essenciais relativas à representação incidem também sobre os órgãos.

Acrescenta que, porém, os organicistas indicam uma importante exceção, em matéria de responsabilidade civil: a pessoa jurídica responde incondicionalmente pelos atos dos seus órgãos, o mesmo não se verificando com o representante, relativamente aos atos do representante.

E que, por essa razão, os argumentos da teoria orgânica se concentram na responsabilidade do § 31 do Código Civil alemão: a pessoa jurídica responde pelos atos dos seus órgãos,

⁸⁰ Zangara, op. cit., p. 247.

Cabe precisar, entretanto, que a representação legal não nasce apenas da lei, mas também de atos do próprio representante (gestão de negócio) ou de terceiro (nomeação negocial do tutor), como observado no n.º 4.

⁸¹ V. g., Grossa, *Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., Utet, Turim, 1951, p. 242.

⁸² Von Tuhr, op. v. e § cit., p. 118 e 120; Zangara, op. cit., p. 219 e 221; Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1910, p. 532.

porque ela própria atua, sendo as pessoas físicas meros instrumentos dessa atuação direta da pessoa jurídica.⁸²

É essa a diferença fundamental que os organicistas apontam entre órgão e representante: enquanto o representante somente nos limites dos poderes que lhe tenham sido conferidos vincula o representado, a pessoa jurídica responde ilimitadamente pelos atos dos seus órgãos, inclusive praticados fora da sua competência ou ilícitos.⁸³

⁸² Von Tuhr, obra, volume e § citados, p. 121/122.

No mesmo sentido, Lehmann:

"Representante e órgão. Os órgãos das pessoas jurídicas (cf. os §§ 31, 86 e 89 do Código Civil alemão) são, bem examinados, representantes da vontade. Mas a lei os contempla como categoria especial, a que somente se aplicam os preceitos sobre representação enquanto não haja normas especiais; e a principal norma especial é precisamente a de que a pessoa jurídica tem capacidade delitual através de seus órgãos" (*Parte General*, trad. espanhola, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, v. I, p. 436).

⁸³ "Existe uma corrente doutrinária que nega a possibilidade ou a oportunidade (Ferrara, e, mais recentemente, Arangio-Ruiz) da direta imputação da atividade própria de um sujeito a outro sujeito, e, por isso, contesta a autonomia da relação orgânica, entendendo que ela deve ser reconduzida à representação.

A razão que induz a opinião dominante a contestar esta última tese e a manter a distinção entre órgão e representante se refere à diversidade dos efeitos que derivam do identificar ou não o sujeito agente com o ente: assim, todo ato do titular do órgão, ainda se emitiu fora da sua competência, ou ilícito, se considera próprio do ente, que assume pelos danos derivantes do ilícito uma responsabilidade direta, e não já aquela indireta, por fato alheio, como é a responsabilidade dos padrões pelos atos dos empregados, etc." (Mortati, op. cit., n.º 33, p. 148).

"Porém é exato que a consequência principal dessa teoria dos órgãos é a responsabilidade da pessoa jurídica, conforme o § 31" (Enneccerus-Nipperdey, *Derecho Civil. Parte General*, trad. espanhola, 1.ª ed., 2.ª tiragem, Bosch, Barcelona, 1943, tomo I, v. I, § 96, p. 438, nota 2).

Relativamente à vinculação da pessoa jurídica por ato praticado pelo órgão fora da sua competência, a posição de Mortati (*ibidem*) não coincide com a de Enneccerus-Nipperdey (op., tomo, volume e § citados, p. 438 e 439).

Afirmam os organicistas que essa responsabilidade da pessoa jurídica sem a teoria orgânica seria um problema insólito.⁹⁴

Com a teoria orgânica, a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos se explicaria porque seria uma responsabilidade direta, isto é, por fato próprio, e não indireta, ou por fato de terceiro.⁹⁵

21 — Observação da maior importância é a de que a responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados pelas pessoas físicas é uma solução de direito positivo, que pode ou não ser acolhida pelos diferentes ordenamentos, como é reconhecido por um organicista moderno;⁹⁶ assim, tanto existem sistemas de tipo germânico, que admitem a responsabilidade civil do Estado, como sistemas de tipo anglo-saxônico, que não a admitem.⁹⁷

Quanto ao direito positivo brasileiro, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é estabelecida pelo artigo 107 da Constituição Federal.⁹⁸

⁹⁴ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 246.

No mesmo sentido, Serpa Lopes, obra e volume citados, n.º 198, p. 349/350.

⁹⁵ Mortati, *ibidem*; Enneccerus-Nipperdey, obra, tomo e volume citados, § 103, p. 482/483; Trabucchi, *op. cit.*, n.º 54, p. 114 e n.º 90, p. 216; Pietro Rescigno, obra e número citados, p. 177; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 314/315.

⁹⁶ "Admitida a distinção entre as duas mencionadas figuras, deve, porém, ficar claro que nenhuma exigência de caráter lógico requer que a relação entre pessoa física e ente seja configurada em sentido orgânico, sendo, ao invés, confiada ao direito positivo a escolha entre um ou outro tipo de estrutura, só com referência a ele se pode afirmar qual seja o tipo de entender existente" (Mortati, obra e número citados, p. 149).

⁹⁷ Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Forense, Rio, 1944, v. II, n.º 202, p. 168.

⁹⁸ Relativamente ao artigo 15 do Código Civil, veja-se a nota seguinte.

Sobre o ponto, Zangara, *op. cit.*, p. 240/246; Ferrara, *cit. Teoria das Pessoas Jurídicas*, n.º 93, p. 584/585, nota 2; e Pontes de Miranda, obra e tomo citados, § 98, p. 418.

Para as pessoas jurídicas de direito privado, vige a presunção relativa de culpa construída jurisprudencialmente à margem dos artigos 1.521, III, e 1.523 do Código Civil (*Súmula*, n.º 341); desta última desde logo se podendo dizer que certamente não se funda na teoria orgânica, constituindo, ao invés, uma hipótese de responsabilidade indireta ou por fato de outrem,⁹⁹ porque cria uma solidariedade presumida entre comi-

⁹⁹ Afirma, entretanto, Pontes de Miranda que na responsabilidade dos comitentes pelos atos dos prepostos "não se incluem os órgãos", e que "a distinção está implícita no Código Civil e não se deve recorrer ao artigo 1.521, III, como se fez em França"; concluindo, sem distinguir entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, que "a base da indenização, em se tratando de responsabilidade extranegocial, está no artigo 15 e não no artigo 1.521, III" (obra e tomo citados, § 98, p. 416).

Não indica as regras das quais infere essa distinção relativamente às pessoas jurídicas de direito privado, e também não menciona que o artigo 15 do Código Civil somente se refere às pessoas jurídicas de direito público.

Em outro ponto, diante da dificuldade constituída pelo fato de que no Código alemão há o § 31, que estabelece a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, e o § 89, que submete as pessoas jurídicas de direito público à regra do § 31, enquanto que no Código brasileiro não há regra inversa, submetendo as pessoas jurídicas de direito privado à regra do artigo 15, relativa às pessoas jurídicas de direito público, Pontes de Miranda sustentará, sem distinguir entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, que no direito brasileiro a responsabilidade das pessoas jurídicas "é deduzida da própria essência da pessoa jurídica" (obra e tomo citados, § 99, 425), o que é inexacto, como exposto no texto principal e na nota 101.

Nem poderia fundar a distinção que alega implícita no Código Civil, em uma incidência analógica do artigo 15 sobre as pessoas jurídicas de direito privado (a respeito da incidência analógica das normas excepcionais veja-se a nota 84), dado que os artigos 1.521, III, e 1.523 do mesmo Código impedem que na hipótese se verifique a não previsão do caso por regra específica, que é suposto da analogia.

Quanto ao artigo 15 do Código Civil deve-se acrescentar que foi revogado pelo artigo 194 da Constituição Federal de 1946 (vigência quando Pontes de Miranda escrevia), que, igualmente aos sucessivos

tente (quer pessoa física, quer pessoa jurídica) e preposto, o que supõe intersubjetividade e exclui, portanto, a unidade de pessoa e a consequente responsabilidade direta ou por fato próprio, afirmadas pela teoria orgânica; e tanto essa responsabilidade nada tem a ver com a teoria orgânica, que se verifica não somente quanto aos órgãos, mas quanto a todas as pessoas físicas de que se servem para suas atividades, inclusive materiais, as pessoas jurídicas.¹⁰⁰

Pela mesma razão, também não repousa na teoria orgânica a responsabilidade objetiva de todos os comitentes (quer pessoas jurídicas, quer pessoas físicas) pelos fatos de todos os prepostos (quer órgãos, quer representantes voluntários, quer meros colaboradores materiais), estabelecida pelo Projeto de Código Civil de 1975, arts. 968, III, e 969).

A responsabilidade pelos atos ilícitos, assim, não é da essência das pessoas jurídicas.¹⁰¹

¹⁰⁰ Como observa Caio Mário da Silva Pereira, "tanto responde o corpo moral pelo dano causado a terceiro por parte de um seu diretor, como pelo que decorre de uma transgressão legal cometida pelo motorista dos seus veículos, como pelo faxineiro de suas dependências" (obra e volume citados, n.º 57, p. 228).

¹⁰¹ Inexatamente afirma Pontes de Miranda que "o direito contemporâneo assentou, como decorrente da própria concepção das pessoas jurídicas, que respondem elas pelos atos dos seus órgãos"; "a responsabilidade pelos atos dos órgãos, negocial e extranegocial, deriva da essência mesma da personalidade jurídica", ou que "é deduzida da própria essência da pessoa jurídica" (obra e tomo citados, § 8, p. 415/416, e § 99, p. 425. No mesmo sentido, Enneccerus-Nipperdey, obra, volume, tomo e § citados, p. 483).

Mas entre uma e a outra dessas afirmações, declara Pontes de Miranda: "Se é certo que se poderia, sem a teoria orgânica, construir a responsabilidade sem culpa das pessoas jurídicas, não foi isso o que se passou, histórica e sistematicamente; o art. 15 (do Código Civil

artigos 105 da Constituição de 1967 e 107 da Constituição de 1969, não mais fez depender a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público da culpa do funcionário, exigida pelo artigo 15 do Código Civil, assim como pelos artigos 171, da Constituição de 1934, e 158, da Constituição de 1937.

Nem seu acolhimento importa o acolhimento da teoria orgânica, como acabamos de assinalar e em seguida será detidamente exposto.

22— Observa Von Tuhr que a teoria orgânica favoreceu a tendência para afirmar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas e que à teoria se deve a difusão dessa responsabilidade. Conclui que, como esse resultado ficou estabelecido na lei, conviria abandonar a teoria, que já prestara oportunamente serviço, porque na verdade a norma do § 31 do Código alemão não repousa na teoria orgânica, mas na ideia de que corresponde à equidade e à justiça que um patrimônio que se beneficia com determinada administração sofra também o dano que ela ocasione.¹⁰²

23 — Informa Ferrara que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas não foi uma criação da teoria orgânica, visto como essa responsabilidade, e até a responsabilidade penal, existentes no Direito romano, tinham se difundido na legislação e na prática da Idade Média e se mantiveram até aproximadamente a metade do século XVIII, quando começaram a respeito oposições e dúvidas, especialmente quanto à responsabilidade penal; até que Savigny negou frontalmente essas responsabilidades, alegando que como pessoa artificial e sem vontade não pode a pessoa jurídica agir ilicitamente e estar sujeita a responsabilidades e penas, sendo o ilícito sempre pessoal aos seus administradores ou representantes.

¹⁰² Obra, volume e § citados, p. 122/123.

Brasileiro), como o § 31 do Código Civil alemão, proveio do conceito de órgão" (obra e tomo citados, § 98, p. 421).

Reconhece, portanto, que as regras legais a que se refere não estão ligadas essencialmente, mas apenas historicamente à teoria orgânica, ponto que será examinado nos n.ºs 22 e 23 do texto principal.

Por sua vez, Enneccerus-Nipperdey já haviam anteriormente declarado que "os fundamentos capitais da responsabilidade do § 31 são a oportunidade e a equidade" (obra, tomo, volumes citados, § 96, nota 2, p. 439), sem ligar essa responsabilidade, portanto, à essência da pessoa jurídica.

Acrescenta que ainda assim o princípio da responsabilidade voltava lentamente a afirmar-se, através dos próprios teóricos da ficção, quando veio a ser proclamada pelos realistas, à frente Gierke, a plena capacidade civil e penal das pessoas jurídicas; não se podendo negar que esse movimento exerceu uma função político-social, promovendo e acelerando o movimento de opinião pública em favor da responsabilidade civil das pessoas jurídicas.

E tendo observado que antes da teoria orgânica a maioria dos juristas, prescindindo de qualquer construção técnica do princípio, admitia essa responsabilidade, por considerações de justiça e por exigências sociais, conclui Ferrara que o Código alemão não se decidiu por nenhuma teoria ao ditar, por motivos de oportunidade política, a regra do § 31.¹⁰³

Enquanto Pontes de Miranda, em texto já transcrito na nota 101, depois de haver reconhecido que se poderia, à margem da teoria orgânica, construir a responsabilidade sem culpa das pessoas jurídicas, acrescenta que, entretanto, "não foi isso o que se passou, histórica e sistematicamente; o artigo 15 (do Código Civil brasileiro), como o § 31 do Código Civil alemão, proveio do conceito de órgão".¹⁰⁴

Nada importaria, porém, em favor da teoria orgânica, fosse opinião dos autores do Código Civil alemão que a regra do § 31 acolhe a teoria orgânica.

Porque a recepção legislativa não transforma em verdade a falsidade dogmática demonstrada.

A regra positiva pode simplesmente impor as consequências práticas de uma errada concepção dogmática; imposta a regra, sua justificação teórica pode ser corretamente encontrada em

¹⁰³ Cits. *Teoria de las Personas Jurídicas*, n.º 124, p. 816/821, e *Le Persone Giuridiche*, n.º 98, p. 253/255.

A respeito da existência da responsabilidade civil e penal das pessoas jurídicas durante a Idade Média, também Pontes de Miranda (obra e tomo citados, § 75, p. 284), Windscheid (*Diritto delle Pandette*, trad. italiana de Fadda e Bensa, reestampa, Utet, Turim, 1930, v. I, § 59, p. 182, nota 8) e Gangi (*Persone Fisiche e Persone Giuridiche*, Giuffrè, Milão, 1946, n.º 169, p. 214, nota 1).

¹⁰⁴ Obra e tomo citados, § 98, p. 421.

outra fonte; se nenhuma existe, a regra ficará implicada no erro dogmático, nunca o erro dogmático saneado pela regra.

Se foi a teoria orgânica que levou a implantar no Código Civil alemão aquela regra (como afirma Pontes de Miranda), ou apenas promoveu ou acelerou o movimento da opinião pública em seu favor (como sustentam Ferrara e Von Tuhr), cumpriu o relevante papel político-social que estes últimos autores lhe reconhecem: tem lugar, portanto, no plano histórico, ao lado de outros nobres exemplos do esforço do abstracionismo jurídico para impor à ordem positiva soluções mais conformes ao ideal de justiça; mas não tem lugar no plano dogmático, pelas suas demonstradas inexactidões, como já se viu e ainda se verá no presente escrito.

Promoveu um resultado justo, ou para ele concorreu, através de uma base conceitual falsa, o que certamente não terá ocorrido nem pela primeira, nem pela última vez na história dos institutos jurídicos.

24 — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas não supõe a unidade entre pessoas jurídicas e pessoa física,¹⁰⁵ fundando-se, ao invés, na idéia simples de que é justo que as pessoas jurídicas, não podendo agir senão por intermédio de pessoas físicas, como se beneficiam dessa atividade alheia, respondam objetivamente também pelos danos dela decorrentes.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Escreve Gasparri que a responsabilidade da pessoa jurídica não implica que a personalidade do titular do cargo se dissolva na personalidade da pessoa jurídica, não sendo necessário, para explicar essa responsabilidade, "recorrer à mística hipótese da identificação dos sujeitos", sendo o problema, diversamente, resolvido pelo princípio segundo o qual quem se serve da atividades de um sujeito deve responder pelo dano por ele praticado por ocasião dessa atividade (obra e volume citados, n.º 92, p. 206/207, e n.º 86, p. 180/181).

¹⁰⁶ "Que uma pessoa jurídica possa cometer atos ilícitos nos parece indubitável, uma vez que pode praticar atos jurídicos: é o reverso da medalha. Aquele que direta ou indiretamente tem o direito de tomar parte na vida jurídica, pode agir bem ou mal e deve igualmente recolher os frutos da sua atividade: vantagens e riscos, lucros ou prejuízos. Isto não é somente um princípio de política legislativa ou um ideal de justiça, mas um princípio rigoroso de direito, porque a

O que constitui uma aplicação de princípio ainda romano (*cuius commodum, eius periculum*), recolhido como fundamento mais antigo e difundido da teoria da responsabilidade objetiva

atividade jurídica não pode ser separada em suas qualidades e consequências" (Ferrara, cit. *Teoría de las Personas Jurídicas*, n.º 124, p. 821/822).

"A pessoa jurídica não responde porque atuou por boca e mãos da sua diretoria, produzindo ela mesma o dano, mas porque corresponde à equidade e justiça que um patrimônio que se beneficia com certa administração sofra também o dano que esta ocasiona" (Von Tuhr, obra, volume e § citados, p. 122).

"Na verdade, é justo, antes de tudo, que quem se aproveita da atividade de uma pessoa se resinta também dos danos que lhe são conexos; as pessoas jurídicas não poderiam funcionar, e, portanto, as pessoas físicas que lhe formam a base não poderiam gozar das vantagens derivantes do serem tratados como pessoa única, se não fossem os representantes. Devem, assim, ressentir-lhe, também, os danos" (Covello, op. cit., § 66, p. 209).

"Mas em contrário foi justamente observado que o querer restringir os efeitos dos atos praticados pelos representantes, relativamente à pessoa jurídica, somente aos atos lícitos é arbitrário. Se é verdade, efetivamente, que o representante não pode ser autorizado a praticar atos ilícitos, não é menos verdade que ele foi autorizado a agir em nome e por conta da pessoa jurídica, e como esta se beneficia dos atos lícitos por ele concluídos, assim é justo que suporte as consequências dos atos ilícitos por ele cometidos: *cuius commo da eius incommoda*" (Gangi, op. cit., n.º 169, p. 215).

"A razão para que se produza a responsabilidade delitual da pessoa jurídica é a consideração equitativa de que uma massa patrimonial que goza das vantagens de uma determinada administração deve suportar também o prejuízo por ela originado" (Lehmann, obra e volume citados, p. 439).

"O mesmo não ocorre quanto à obrigação de pagamento dos danos a que dá lugar o delito, e quando se reflete que a pessoa jurídica adquire a possibilidade de conseguir os seus fins somente agindo por meio de seus representantes, não se poderá hesitar em achar justo que a pessoa jurídica receba sobre si os efeitos danosos desses atos, como deles obtém a vantagem" (Windscheid, obra, volume e § citados, p. 182/183).

Também Enneccerus-Nipperdey, conquanto organicistas, declaram, em texto já transcrito na nota 101, que "os fundamentos capitais da

ou do risco,¹⁰⁷ a uma hipótese particular de responsabilidade por fato de outrem.¹⁰⁸

Essa solução (que importa caracterizar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas como responsabilidade indireta ou por fato de outrem)¹⁰⁹ mostra-se inclusive correta porque não

¹⁰⁷ Marlon, *Les fondements de la responsabilité civile*, Recueil Sirey, Paris, 1938, n.º 65, p. 173/178.

Conquanto o direito romano não admitisse a reponsabilidade civil e penal das pessoas jurídicas (n.º 23), afirmou Von Tuhr, depois de referir as modernas condições de produção e de troca e o sentimento jurídico que delas decorre: "Com tranqüila consciência romanista se podia sustentar a responsabilidade das sociedades anônimas e de outras empresas importantes pelos delitos dos seus dirigentes" (obra, tomo, volume e § citados, p. 122).

Opinião que poderia ter apoiado no fato de que o princípio de justiça, em que segundo o próprio Von Tuhr, se funda verdadeiramente aquela responsabilidade, é um princípio romano.

¹⁰⁸ A respeito, sem se referir especificamente às pessoas jurídicas, Alvim Lima, *Culpa e Risco*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960, n.º 25, p. 124, e n.º 28, p. 147.

¹⁰⁹ Para fundamentar uma responsabilidade direta, ou por fato próprio, das pessoas jurídicas, tanto pelos atos ilícitos dos seus representantes voluntários quanto pelos atos ilícitos dos seus órgãos, Alessi, que é contrário à teoria orgânica e inclui os chamados órgãos em um tipo particular de representação, que denomina representação orgânica (n.ºs 2 e 4), "de conteúdo substancialmente idêntico" ao das demais espécies de representação (op. cit., p. 390) afirma que a distinção entre fato próprio e fato alheio deve ser feita com base em um critério jurídico, não com base em um critério material; podendo em, consequência, ser considerado fato próprio também uma atividade que promane materialmente de um sujeito diverso, quando, em virtude de uma relação particular existente entre dois sujeitos, a atividade material de um deva ser considerada juridicamente como atividade do outro.

Em suma, segundo Alessi pode haver responsabilidade direta por atividade material de outrem, quando essa atividade seja de considerar-se, juridicamente, do sujeito responsável.

E entre essas relações por força das quais uma atividade que promane materialmente de um sujeito deve ser juridicamente considerada

responsabilidade do § 31 são a oportunidade e a equidade" (obra, tomo e volume citados, § 86, p. 439, nota 2).

distingue entre a atividade dos chamados órgãos e a atividade dos representantes constituídos pelos órgãos; enquanto que fundamentar a responsabilidade das pessoas jurídicas no entendimento organicista de que a pessoa física se identifica com a pessoa jurídica (daí resultando que a ação da pessoa física é ação da própria pessoa jurídica, que responde, assim, diretamente, ou por fato próprio) importa que a pessoa jurídica não responde pelos atos dos seus representantes constituídos pelos

como de autoria direta de um sujeito diverso, indica Alessi a relação de representação e a relação análoga que intercorre entre pessoa jurídica e pessoas físicas, relação que ele denomina de representação orgânica, como já ficou dito.

Conclui Alessi que uma responsabilidade direta do representante não pode ocorrer quando o escopo e, portanto, o limite da representação seja constituído pelo cumprimento de um só ou de diversos atos jurídicos naturalmente lícitos e expressamente determinados, porque aí uma eventual atividade ilícita do representante, saindo dos limites da representação, não pode juridicamente considerar-se como atividade do representado.

Mas que quando o objeto da representação seja a prática de todo um ramo de diferentes atividades, igualmente dirigidas para um determinado objetivo, próprio do representado, objetivo que constitui o elemento unificador das diversas atividades (o que ocorre tipicamente no caso da representação instituída comercial, cuja finalidade é constituída pela realização de todo um complexo de distintas atividades, inerentes a um dado ramo do comércio, para um escopo de lucro comercial próprio do representado, e também ocorre no caso da denominada representação orgânica), a responsabilidade do representado pelo ilícito do representante existe, e é responsabilidade direta, não indireta, uma vez que a atividade do representado é considerada, juridicamente, atividade direta do representado, e, portanto, fato próprio deste último (op. cit., p. 392/397).

Entretanto, se a ação é praticada por um sujeito, não é possível mudar-lhe a autoria, distinguindo artificialmente entre uma atividade material e uma atividade jurídica.

Pode a lei fazer com que pelo ato de um sujeito responda outro sujeito, que responderá, porém, sempre por fato de outrem, e não por fato próprio.

Nem é exato que, como afirma Alessi, na representação a atividade do representante seja subdividida em atividade material e atividade jurídica, sendo a primeira do representante, a segunda do representado.

órgãos senão pelos princípios da culpa; ¹¹⁰ o que possibilita às pessoas jurídicas uma privilegiada utilização desses representantes, em prejuízo não justificado da segurança de terceiros.

E também injustificadamente o empresário pessoa física, ¹¹¹ que não pode utilizar nenhum órgão, mas só representantes, segundo a teoria orgânica estaria excluído de responder objetivamente pelo ilícito desses representantes, embora os empregasse tão estavelmente a seu serviço quanto as pessoas jurídicas utilizam seus órgãos.

25 — Mas a inexistência da teoria orgânica é sobretudo comprovada pela sua impossibilidade de explicar tanto a ação que o terceiro prejudicado pelo ilícito tem contra a pessoa física quanto a ação regressiva da pessoa jurídica contra a pessoa física, pelo que tiver indenizado ao terceiro. ¹¹²

Podendo o terceiro prejudicado agir tanto contra a pessoa jurídica, como contra a pessoa física, e tendo sido o ilícito —

¹¹⁰ Nesse sentido, Pontes de Miranda, op. e tomo cit., § 92, p. 390, e § 98, p. 417, 419, 420, 423 e 426; Enneccerus-Nipperdey, obra, tomo e volume citados, § 103, p. 493; Lehmann, obra e volume citados, p. 430.

¹¹¹ Figura ainda presentemente não despendida, como se infere da sua disciplina no Projeto de Código Civil de 1975 (v. g., arts. 1.009 até 1.017).

¹¹² Ações admitidas em nosso direito (Constituição Federal, art. 107; Código Civil, artigo 1.518, parágrafo único, 1.521 III, e 1.524) e também no direito estrangeiro consultado (v. g., além de Henri e Léon Mazeaud, citados na nota seguinte, Enneccerus-Nipperdey, obra, tomo e volume citados, § 103, p. 486 e Sandulli, op. cit., n.º 75, p. 185 e 186).

A atividade também juridicamente é toda do representante (por isso chamado tanto parte em sentido formal quanto sujeito do negócio, autor do negócio ou agente), de quem por isso mesmo são relevantes os estados subjetivos de boa fé ou de má fé e os eventuais vícios da vontade; produzindo a atividade do representante apenas efeitos para o representado (por isso chamado parte em sentido material, e também dono do negócio ou sujeito do interesse regulado com o negócio) (a respeito, nosso cit. "A representação voluntária no direito civil. A ratificação no direito civil", n.º 2, p. 11/12 e n.º 3, p. 15/16; e nosso cit. Sobre Legitimação, Ato Jurídico em Sentido Estrito e Outros Temas, n.º 23, p. 20/30).

segundo a teoria orgânica — praticado pela pessoa jurídica,¹¹³ seguir-se-ia que enquanto a pessoa jurídica responde por fato

¹¹³ Afirma Henri e Léon Mazeaud que o ilícito é da autoria da pessoa jurídica e da pessoa física, concomitantemente: "Ver-se-á que o ilícito cometido pelo órgão da pessoa moral é ao mesmo tempo ilícito da pessoa moral e ilícito da pessoa física que lhe constitui o órgão" (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4.^a ed., Recueil Sirey, Paris, tomo II, 1949, n.º 1.974, p. 822); "Ao mesmo tempo em que age a pessoa moral, há sempre uma ou mais pessoas físicas que agem. Ao mesmo tempo em que a pessoa moral comete um ilícito, há sempre uma ou mais pessoas físicas que cometem um ilícito" (obra e tomo citados, n.º 1.989, p. 831); "Assim, desde que uma pessoa moral comete um ilícito, o mesmo ilícito é igualmente cometido por uma ou mais pessoas físicas" (obra e tomo citados, n.º 1.989, p. 832).

Mas, se fosse assim, a pessoa física que solitariamente pagasse ao terceiro prejudicado teria ação regressiva contra a pessoa jurídica, por que entre co-autores do ilícito aquele que isoladamente paga ao terceiro prejudicado tem ação regressiva contra o ou demais co-autores, para destes receber as partes, iguais ou desiguais, que a cada um deles corresponder no ilícito da autoria de todos (Código Civil Brasileiro, arts. 1.518 e 913. A respeito, para o Direito francês, Henri e Léon Mazeaud, op. e ed. cit., tomo III, 1950, n.º 2.365, p. 479; Planiol, Ripert e Esmein, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, trad. espanhola, Cultural S.A., Havana, 1945, tomo VII, n.ºs 1.090/1.094, p. 406/410; Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., Librairie Dalloz, Paris, 1949, n.º 111, p. 87/88).

A pessoa física não tem, entretanto, nenhuma ação regressiva, nem pelo todo, nem pela parte, contra a pessoa jurídica.

E a pessoa jurídica cabe ação regressiva contra a pessoa física, não apenas por parte, mas pelo todo da indenização.

Pretendem, então, Henri e Léon Mazeaud que essa ação regressiva da pessoa física, que afirmam co-autora, contra a pessoa jurídica, que afirmam também co-autora, não se dá por que "o ilícito da pessoa moral é unicamente imputável ao ilícito da pessoa física" (op. cit., tomo II, n.º 1.974, p. 822); e repetem que o "ilícito da pessoa moral é inteiramente devido ao ilícito da pessoa física que constitui seu órgão; esta última deve garantir a primeira" (op. cit., tomo III, n.º 2.006-5, p. 26).

O que equivale a dizer, sem artifícios, que o ilícito é realmente praticado pela pessoa física, respondendo solidariamente a pessoa jurídica pelos danos dele decorrentes, com ação regressiva contra a pessoa física autora do ilícito, pela totalidade da indenização paga.

próprio, a pessoa física responde por fato de outrem, o que, invertendo as posições reais de ambas, constituiria uma grossa ficção, inadmissível em doutrina, como qualquer ficção.¹¹⁴

Por outro lado, a pessoa jurídica terá, pelo que pagar ao terceiro prejudicado, ação regressiva contra a pessoa física (o que não ocorre com esta última relativamente à primeira); nesse caso, a seguir a teoria orgânica, para quem o ilícito é da própria pessoa jurídica, ter-se-ia o absurdo de que o autor do ilícito teria ação contra um sujeito que não o praticou.

Do que acabamos de expor, pensamos poder afirmar que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas não é a prova maior da exatidão da teoria orgânica, como pretendem os seus sustentadores, mas a prova final do seu desacerto.

26 — Concluímos, com o mais velho dos entendimentos sobre a matéria, que as pessoas físicas são representantes legais das pessoas jurídicas (n.º 4).

¹¹⁴ "De qualquer maneira, se ficções são toleráveis na lei, das ficções deve fugir a ciência. Ficções são mascaramentos da verdade, e a ciência, que tem por missão descobrir a verdade, não pode contentar-se com um artifício. Toda ficção doutrinária é um problema não resolvido (Bülow, Biermann)" (Ferrara, *Traffato*, Athenaeum, Roma, 1921, n.º 9, p. 50).